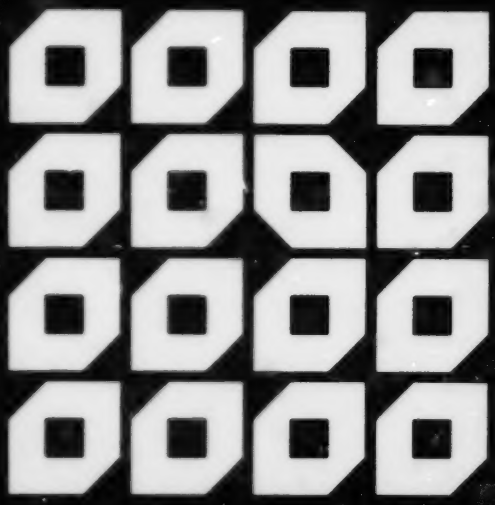
Products Liability and Personal Injury Compensation in Canada: Towards Integration and Rationalization

(Volume I)

E. P. Belobaba



Consumer and Corporate Affairs Canada

Consommation et Corporations Canada

En français : Responsabilité du fait des produits et indemnisation du préjudice corporel au Canada : intégration et rationalisation

Disponible au : Service des communications
Consommation et Corporations Canada
Ottawa (Ontario)
K1A 0C9

PRODUCTS LIABILITY AND PERSONAL INJURY COMPENSATION IN CANADA: TOWARDS INTEGRATION AND RATIONALIZATION

E.P. Belobaba
Associate Professor and Associate Dean
Osgoode Hall Law School
York University

Policy Research, Analysis and Liaison Directorate
Policy Coordination Bureau
Consumer and Corporate Affairs Canada

Volume I

The analysis and conclusions of this study do not necessarily reflect the views of the Department.

Product Liability Studies
Policy Research, Analysis and Liaison Directorate
Policy Coordination Bureau

Product Liability: Reflections on Legal Aspects of the Policy Issues by Saul Schwartz, Jacob S. Ziegel and Louis Romero (ed. Jonathan J. Guss), 1979.

Interprovincial Product Liability Litigation: Jurisdiction, Enforcement and Choice of Law by Robert J. Sharpe, 1981.

Interprovincial Product Liability Litigation: Jurisdiction, Enforcement and Choice of Law in Quebec Private International Law by David Appel, 1982.

Products Liability and Personal Injury Compensation in Canada: Towards Integration and Rationalization by E.P. Belobaba, 1983 (vol. I).

Consumer Product Warranty Reform: Regulation in Search of Rationality by E.P. Belobaba, 1983 (vol. II).

©Minister of Supply and Services Canada 1983

Cat. No. RG23-73/1-1983E
ISBN 0-662-12415-4

"We are in fact making choices all the time in accident law. We are making choices without even asking the right questions....As lawyers and economists we must see to it that the right questions are asked and that whatever data is available which helps answer the questions is sorted out."*

*Calabresi and Bass
(1970-71), 38 Chi. L. Rev. 74 at 90.

ACKNOWLEDGEMENTS

In the course of both researching and writing this study, I became obliged to a great many people. A comprehensive listing would be both lengthy and inappropriate but several specific acknowledgements are in order. First and foremost, my sincere thanks to two very bright and energetic research assistants, Andrew Beaman and Richard Steinecke, who worked with me over the summers of 1979 and 1980 respectively and helped me to distill and assimilate an enormous amount of data. My thanks also to the many researchers and policymakers in Ottawa, Washington and the various provincial capitals who gave so generously of their time and expertise. Special mention should be made of Jonathan Guss, who was a CCAC research officer at the time this study was undertaken. His encouragement and insights were always appreciated. I also want to acknowledge the superb secretarial work that was done by Linda Day and Terry Hamilton of Osgoode Hall Law School. Needless to say, any errors or omissions are my responsibility alone.

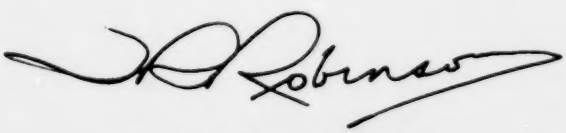
FOREWORD

Consumers' problems with defective products and questions of how best to address them have been the subject of serious debate among consumer policymakers in recent years. The federal and provincial Ministers of Consumer Affairs, as long ago as 1977 at their conference in Montebello, identified defective products as an area in need of immediate attention and ordered an inquiry into the matter.

To aid in this inquiry, Professor Belobaba of Osgoode Hall Law School has examined the issues raised in the debate surrounding defective products, and his work has resulted in two studies.

In this, the first study (completed in 1981), he considers the problem of the product-related personal injury, both consumer and non-consumer, and places it in the context of injury compensation in general. He undertakes a critical analysis of existing mechanisms for injury compensation and presents a provocative argument for the integration and the rationalization of our injury compensation system.

In his second study* (completed in 1981), Professor Belobaba examines the issues surrounding financial losses caused by defective products, including the many questions relating to consumer product warranties. Here again new directions for reform and rationalization are suggested. Together the products liability and consumer product warranty studies should stimulate and assist federal-provincial policymaking in two areas of critical concern to Canadian consumers.



Dr. T. Russell Robinson
Assistant Deputy Minister
Bureau of Policy Coordination

---

*Consumer Product Warranty Reform: Regulation in Search of Rationality. Vol. II (Consumer and Corporate Affairs Canada, 1983).

GLOSSARY OF TERMS

"Products Liability": a loosely organized body of law that deals with the legal liability of a supplier of a defective product that causes personal injury to the purchaser or user. The liability can be based in contract and/or tort. Where the injured victim can establish a contractual connection with the defendant, the latter's liability is based on warranty (contract). In the absence of a contractual connection -- for example, where the manufacturer is being sued -- the basis for liability is tort. In most products liability litigation, a non-privity supplier (mainly the manufacturer) is being sued and consequently the claim is tort-based.

"Strict Liability": one particular type of tort liability rule. In a "strict liability" jurisdiction, all the plaintiff has to show in order to succeed is product defect, injury and causation. This should be contrasted with a "negligence" rule that would require the plaintiff to show not only defect, injury and causation but also some degree of supplier carelessness or "fault." Strict liability eliminates the "fault" debate per se but still requires proof of defect, injury and causation.

"No-Fault": an overused phrase that today has no single or precise meaning. Most commentators use the phrase "no-fault" to describe an injury compensation system that pays out benefits to accident victims regardless of fault or blameworthiness. The sole criterion is injury or disability. The most common no-fault schemes are "first-party no-fault" compensation schemes such as workers' compensation.

"First-Party Insurance": a first-party insurance system pays benefits directly to the insured in the event of a particular injury or loss. Life and fire insurance are traditional examples of first-party coverage.

"Third-Party (Liability) Insurance": third-party or liability insurance stands behind the tortfeasor and is triggered only when the insured tortfeasor is liable to someone else for an injury or loss caused by him to that third party. The most common example is automobile insurance.

SUMMARY

This study examines the products liability personal injury problem from a multidisciplinary perspective and proposes major legislative initiatives as well as future research directions to help integrate and rationalize what is currently a fragmented, unprincipled federal-provincial hodgepodge of accident compensation schemes. The study is divided into nine chapters. The following is a summary of the major conclusions contained in each chapter as well as the author's recommendations.

I. Products Liability: Where We Are and How We Got Here

The magnitude of the product-related injury problem in Canada today is considerable. Every year approximately 3.5 million Canadians are injured in product-related accidents (2.4 million in home accidents); of these, 11 000 are permanently disabled and 3 000 to 5 000 are killed. The total economic cost to the nation exceeds $2 billion a year. Virtually all of the recent law reform initiatives as well as recent legislative and judicial developments urge a tort reform ("strict liability") solution to the product injury problem.

II. The Products Liability Debate: Where We Should Be

The current products liability debate is fundamentally deficient in both scope and content. It presumes the superiority and the relevance of a tort reform (strict liability) approach without even acknowledging the enormous amount of empirical evidence that suggests the contrary. It fails to put the products liability problem into the appropriate context; it refuses to acknowledge the existing data and documentation that suggest other approaches or even to admit the relevance of recent developments in other jurisdictions.

III. Products Liability in Context: Accident Compensation in Canada Today

Accident compensation in Canada today consists primarily of a network of federal and provincial first-party no-fault loss reparation schemes that, per capita, have a greater social and financial impact on the average Canadian suffering physical injury or disability than the tort litigation fragment. These first-party no-fault compensation schemes are financially substantial ($5.5 billion annually) but disparate, uneven and uncoordinated.

At best, our current approach to accident compensation

consists of a "three-level hodgepodge," a wasteful conglomeration of fault and no-fault fragments that only confuse and confound injured Canadians. The real issue is not strict liability but overall institutional design: Do we continue on with the existing patchwork or do we attempt some degree of rationalization and consolidation? Relevant to this debate about overall institutional design is the extent to which social insurance is already a part of our political fabric.

IV. Product Injury and Social Insurance: Trends and Prognosis

In Canada, social insurance is a powerful and prevalent modern-day phenomenon. Although there may be some dissatisfaction with certain existing programs, the fundamental worth and validity of such schemes as workers' compensation or provincial health insurance is beyond dispute. As social insurance programs, they're here to stay. There is every indication that the trend towards greater social insurance planning will continue both in Canada and internationally.

A primary reason for this "shift" from the "residual" to the "institutional" approach in social security planning is the growing societal concern about injury disability and victim compensation. Whether this concern reflects an increasing sense of community responsibility or is merely a financial imperative, the focus on victim compensation suggests the inevitability of comprehensive first-party no-fault.

Even with the enormous amounts of data and documentation that suggest both the desirability and the feasibility of universal accident compensation, there are still some who advocate the retention of tort. In order to satisfy ourselves once and for all about the value of retaining the tort litigation mechanism for product injury, it is important that all the arguments be re-examined.

V. The Argument for Tort: The Compensation Rationale

The deficiencies of tort litigation as a vehicle for product injury compensation are extensive: the inadequacy of coverage; the "lottery" aspects of litigation; the inherent arbitrariness of damage assessment; the inordinate delay; the outrageous costs of operation; the fact that even the "winners" lose. These deficiencies have been documented in the literature time and time again. Indeed, there is virtual unanimity on this point: if compensation was the only rationale, then the retention of tort in the product injury area could not be justified.

VI. The Argument for Tort: The Deterrence Rationale

The argument that tort functions as a deterrence mechanism is also unsupportable both theoretically and empirically. The theory of deterrence liability is seriously deficient. The reality of deterrence liability is even more so. Problems such as victim initiative, judicial ineptitude, sanction disproportionality, insurance distortions, and ease of non-compliance combine to ensure that products liability litigation has little if any deterrent value. In fact, given the reality of liability insurance and the equal availability of "penalty rating" under a first-party no-fault compensation scheme, the entire deterrence discussion is ultimately irrelevant.

VII. The Case for Universal Accident Compensation

The case for universal accident compensation comes down to ten basic points:

1. Disability arising out of product-related injury is a significant social problem.

2. Nearly 75 per cent of all accidental injuries in our society are not work-related. Yet it is in the area of non-work-related short- and long-term disability that income coverage is weakest.

3. Our current approach to accident loss reparation consists of a bewildering array of fault and no-fault mechanisms that are expensive and uncoordinated and demand rationalization and consolidation.

4. The argument for retaining the tort litigation fragment even with a strict liability "reform" is unsupportable. Tort fails miserably both as a compensation and as a deterrence mechanism. The evidence is overwhelming.

5. With respect to the compensation rationale, everyone agrees that first-party no-fault would be infinitely superior. A universal accident compensation scheme would not only be more comprehensive, more predictable and administratively more manageable, but also faster, cheaper and fairer.

6. In terms of deterrence, tort is also seriously deficient. The theory of liability deterrence is shaky; the empirical reality is even worse. Although the odd die-hard torts

scholar still clings to the deterrence fantasy, the evidence is overwhelmingly to the contrary.

7. In fact the entire liability deterrence debate is quite irrelevant given the nature and the extent of modern-day liability insurance. Premium variability or "penalty rating" is probably the only way to resuscitate any deterrent impact, and this technique is equally available and, in all likelihood, more effective under a first-party no-fault scheme.

8. It is highly doubtful that either private insurance or collective bargaining could be counted on to provide a comprehensive compensation program for all Canadians.

9. The adoption of a universal accident compensation scheme seems logically and empirically compelling. Rationalization and integration are inevitable, if not for reasons of community responsibility and human decency, then for reasons of institutional cost-effectiveness.

10. The integration of existing no-fault schemes into a more comprehensive accident compensation system would facilitate the logical and equally inevitable extension of this system to all disability, including sickness and disease.

VIII. Universal Accident Compensation: The Ten Most Common Concerns

The ten most commonly voiced concerns about universal accident compensation can be resolved with careful study and explanation:

1. Moral hazard would not be a problem in the personal injury area.

2. Rather than costing more money, the best evidence we have suggests that the implementation of universal accident compensation would result in a net saving.

3. The concern about a "huge bureaucracy" can be alleviated through sensible institutional design.

4. Pain and suffering awards could theoretically be made available even under a first-party no-fault scheme, but the better view is to restrict compensation to economic losses only.

5. Deterrence would be achieved through increased government product safety regulation.

6. Voluntary or "elective" no-fault wouldn't work. To be effective, universal accident compensation would have to be compulsory.

7. Although, theoretically, private insurance could run a first-party no-fault scheme, in practice, given the financial demands of such a program, government ownership and operation is inevitable. The case for state ownership rests on financial capability not ideological preference.

8. Even though the implementation of universal accident compensation may take several years, we should not agree to "strict liability" even as a short-term strategy. Strict liability is not only fundamentally unprincipled, empirically trivial and institutionally wasteful, it is retrogressive law reform.

9. Notwithstanding the ultimate triviality of strict liability a great deal of controversy will be generated, first about the insurance implications and then about overall legislative design. The controversy will finally be resolved but a great deal of time will have been wasted.

10. Even though the case for universal accident compensation is logically and empirically compelling, the barriers to its adoption and implementation are considerable: (a) education takes time; (b) the vested interest groups favouring a preservation of the status quo (the insurance industry and the Canadian Bar) are powerful lobbyists; (c) the lobby favouring reform is weak or non-existent.

IX. The Way Ahead: An Agenda for Action

Although the acceptance in principle of universal accident compensation would be a major social and political accomplishment, there would still remain a large amount of research that would have to be done before the idea of universal accident insurance could become a Canadian reality:

1. A more detailed understanding of existing first-party no-fault schemes.

2. A more detailed understanding of the tort litigation third-party liability insurance system.

3. Research regarding current practices and problems of existing state-run no-fault schemes.

4. Research regarding overall institutional design.

5. Research regarding legislative design.

6. Research regarding administrative design.

7. Research regarding financial design.

8. Research regarding design of federal and provincial product safety regulation.

9. Development of public education/information strategies.

10. Research regarding eventual expansion to include all disability, including sickness and disease.

This listing of proposed further research is absolutely essential to the effective implementation of comprehensive accident compensation in Canada. A poorly conceived, improperly designed or prematurely implemented universal no-fault scheme would quickly crumble under the weight of its own bureaucratic ineptitude and inefficiency, and the movement for comprehensive disability insurance would be set back years.

The study concludes by making the following recommendations:

1. Federal and provincial health authorities should give immediate priority to the establishment of a national electronic injury surveillance system such as the National Electronic Injury Surveillance System (NEISS) currently in operation in the United States.

2. Provincial legislators should not waste precious legislative time debating strict liability tort reforms.

3. Instead, policymakers should seize the opportunity for rational and responsible law reform and begin the task of developing an integrated and comprehensive first-party no-fault accident compensation scheme.

4. Once the principle of universal accident compensation has been accepted, the requisite secondary research described in Chapter IX should be completed.

5. It is recommended that policymakers view the adoption of universal accident compensation as a first step to the eventual enactment of universal disability insurance.

TABLE OF CONTENTS

	Page
Chapter I - PRODUCTS LIABILITY: WHERE WE ARE AND HOW WE GOT HERE	1
1. The Products Liability Revolution	1
2. Product-Related Injuries: The Magnitude of the Problem	2
3. Is There a Products Liability "Crisis"?	4
4. Where Are We Today?: Judicial Developments in the United States and Canada	8
5. Legislative Developments	10
(i) The Saskatchewan Consumer Products Warranties Act, 1977	10
(ii) The New Brunswick Product Warranty and Liability Act, 1978	12
(iii) The Quebec Consumer Protection Act, 1978	13
6. Reform Proposals: English and European Developments	14
7. The Ontario Law Reform Commission's Report on Products Liability	14
8. The Products Liability Debate: Where Are We? - A Summing Up	18
Chapter II - THE PRODUCTS LIABILITY DEBATE: WHERE WE SHOULD BE	23
1. Acknowledging the Context	23
2. Recognizing the Full Extent of Current Controversy and Criticism	24
3. Admitting the Relevance of the New Zealand Experiment	29
Chapter III - PRODUCTS LIABILITY IN CONTEXT: ACCIDENT COMPENSATION IN CANADA TODAY	35
1. No-Fault Accident Compensation in Canada Today: Nature and Extent	35
(i) Provincial Health Insurance	35
(ii) Workers' Compensation	36
(iii) Limited No-Fault Auto Accident Benefits	37
(iv) Unemployment Insurance Commission Sickness Benefits	41
(v) Canada/Quebec Pension Plan Disability Benefits	41
(vi) Other No-Fault Compensation Schemes	42
2. Fragments of Fault and No-Fault: A "Three-Level Hodgepodge"	43
3. The Real Issue: Integration or Continuing Fragmentation?	44

Page

Chapter IV - PRODUCT INJURY AND SOCIAL INSURANCE: TRENDS AND PROGNOSIS..... 49

1. The Social Insurance Phenomenon..... 49
2. International Trends..... 50
3. Canadian Trends..... 55
4. The Shifting Focus: Victim Compensation..... 62
5. The Inevitability of Universal Accident Compensation?.. 65

Chapter V - THE ARGUMENT FOR TORT: THE COMPENSATION RATIONALE..... 71

1. Tort as a Compensation Vehicle: Everyone Agrees It Isn't..... 71
2. Compensation: Why Tort Fails -- The Deficiencies in Detail..... 72
3. The Compensation Rationale? -- A Clear Consensus..... 78

Chapter VI - THE ARGUMENT FOR TORT: THE DETERRENCE RATIONALE..... 83

1. Deterrence: The Theory Explained..... 84
2. Some Problems with the Theory..... 86
3. Deterrence: The Reality Examined..... 88
   (i) Why Tort Fails as a Deterrence Mechanism: The Corporate Defendant..... 89
   (ii) Why Tort Fails as a Deterrence Mechanism: The Individual Defendant..... 92
4. Why Deterrence Is Not a Relevant Issue..... 94
5. Conclusion..... 95

Chapter VII - THE CASE FOR UNIVERSAL ACCIDENT COMPENSATION..... 99

Chapter VIII - UNIVERSAL ACCIDENT COMPENSATION: THE TEN MOST COMMON CONCERNS..... 107

1. Moral Hazard: "Won't Universal No-Fault Mean Universal Carelessness?"..... 107
2. Affordability: "Can We Afford Universal Accident Compensation?"..... 108
3. The Concern about a "Huge Bureaucracy"..... 109
4. Non-economic Losses: "What about My Right to Claim for Pain and Suffering?"..... 110

Page

5. The Deterrence Concern: "How Would You Promote Product Safety?"..... 113
6. Freedom of Choice: "Does No-Fault Have to Be Compulsory?"..... 115
7. The Overall Design Question: "Does It Have to Be State-run?"..... 118
8. Short-Term Strategies: "Wouldn't the Adoption of Strict Liability Be at Least a Step in the Right Direction?"..... 119
9. Disbelief: "If Strict Liability Is as Trivial as You Say, Why Is There So Much Controversy?".... 121
10. Frustration: "If the Case for Universal Accident Compensation Is as Clear as You Say It Is, Why Isn't Something Being Done about It?"..... 123

Chapter IX - THE WAY AHEAD: AN AGENDA FOR ACTION..... 131

1. A More Detailed Understanding of Existing First-Party No-Fault Schemes..... 131
2. A More Detailed Understanding of the Tort Litigation Third-Party Liability Insurance System..... 131
3. Research regarding Current Practices and Problems of Existing State-run No-Fault Schemes..... 131
4. The Overall Institutional Design..... 132
5. The Legislative Design..... 132
6. The Administrative Design..... 132
7. The Financial Design..... 132
8. Achieving Specific Deterrence via Government Safety Regulation..... 133
9. Public Education Strategies..... 133
10. Research re Eventual Expansion to Cover All Disability, Including Sickness and Disease..... 133

Chapter X - CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS..... 137

BIBLIOGRAPHY..... 145

Note: For purposes of both clarity and brevity, a short-form citation style has been adopted. The reference herein to author's name and publication date will enable the reader to find the more complete citation in the BIBLIOGRAPHY at the end of the paper.

Chapter I

PRODUCTS LIABILITY: WHERE WE ARE AND HOW WE GOT HERE

1. The Products Liability Revolution

Products liability has come of age. Although not yet a household word, nor even a coherent body of law, products liability is quickly becoming the consumer phenomenon of the 1980s. The age of mass production, mass marketing and mass consumption has in many respects become an age of mass injury. The consumer of the 1980s is being bruised, cut, maimed and killed in new and bizarre ways. While it is true that product-related injuries were commonplace in any period of history, the scope and severity of the products liability problem today is much more extensive, indeed unique. The reasons for this are threefold.

First, the products themselves. Their design, manufacture and functional capability is infinitely more complex than was the case even 20 years ago. Their mechanical, electrical or chemical potential for serious injury is unparalleled.[1] Although both the manufacturer and the retailer remain sensitive to the increasing need for rigorous quality control and product safety supervision, defectively designed or manufactured products will inevitably be sold and used. The consequences for the purchaser or user can often be catastrophic. Personal injury, physical disability or death, and associated medical and economic losses make the modern-day product injury problem serious if not severe.

A second reason for the growing intensity of the products liability phenomenon is the increase in consumer awareness and concern. Much of this product safety sensitivity is undoubtedly being achieved via education through the mass media. In the last decade, both the print and the electronic media have turned to products liability reporting with increasing interest and attention. This is not surprising. The scope and severity of product-related accidental injury in recent years have deserved the front-page prominence accorded to them. Exploding Coke bottles, drug-related deformities, DC-10 catastrophes and Pinto car crashes, and their associated and much-publicized damage awards (not to mention criminal prosecutions[2]), have thrust products liability into the public limelight and have helped to generate a new awareness of the potential for personal tragedy that defective products can indiscriminately unleash.

Thirdly, the political and institutional dimensions of the products liability debate have been broadened to include not only consumers and editorial writers but also manufacturers and their insurers. The accumulation of media publicity, and the increase in products liability

litigation and in the size of damage awards, have generated a sense of "crisis" in products liability insurance, particularly in the United States. In 1975-76, manufacturers, both large and small, were being hit with premium increases of 1 000 to 5 000 per cent.* As the 1970s came to an end, there was increasing concern that products liability insurance was quickly becoming either unaffordable or altogether unavailable. Manufacturers and their insurers began to lobby government, both state and federal, urging serious reforms to help ameliorate a quickly deteriorating situation. Although most of this activity was confined to the United States, by 1980 there was increasing talk that the products liability "revolution" had become a products liability "crisis" that could easily spill over into Canada.[4]

Not surprisingly, these three developments -- increasing product complexity and injury capability, media publicity and consumer concern, and the manufacturers' insurers' "crisis" claims -- quickly combined to stimulate an extraordinary law reform and legislative response. Apart from the scores of textbooks and the hundreds of articles that the products liability debate was already generating,[5] the recognition or at least the perception of a "crisis" precipitated a flood of task forces, law reform studies and legislative enactments. These developments will be described later in this chapter. Suffice it to say at this point that the products liability phenomenon has attracted the attention of policymakers and politicians in both the United States and Canada, as well as around the world. The concern for product safety and personal injury compensation has finally been accorded a place of prominence in the political debates of the 1980s.

2. Product-Related Injuries: The Magnitude of the Problem

What is the nature and extent of product-related injuries in Canada today? Surprisingly, one cannot say with any accuracy or assurance just how many Canadians are killed or injured in product-related accidents annually. Unlike the United States, which has a National Electronic Injury Surveillance System (NEISS) tabulating personal injury data on an hourly basis, Canada has yet to develop and implement any comparable statistical system. As it stands today, we just don't know with any certainty either the nature or the extent of the product injury problem in Canada. But we do know that it is a problem of considerable magnitude.

---

*For example, a spokesman for the American sporting goods industry estimated that annual premiums in that industry alone had increased from $1 000 to $250 000 in less than five years.[3]

According to a recent study completed by Dr. Edward Best for the Ontario Ministry of Health,[6] product-related home accidents in Ontario alone in 1977 led to 895 deaths and 141 000 injuries requiring medical attention. These injuries and fatalities cost Ontario residents more than $292 million. Wage losses accounted for $141 million of this total amount, while medical expenses amounted to nearly $71 million. The most frequent causes of home accident injury were falls and loss of balance, followed by bumps, blows and cuts. The Best study was the only recent Canadian study that could be found on point. It is limited to home accident injuries, and further limited to one province, Ontario; still, it offers some sense of the dimensions of the product injury problem. To appreciate the full magnitude of the product injury problem in Canada today, however, one is forced to consider the U.S. and U.K. data and draw Canadian conclusions through statistical extrapolation and appropriate discounting.

In the United States, the Consumer Product Safety Commission (CPSC) operates the National Electronic Injury Surveillance System, more popularly known as NEISS. The emergency wards of the major U.S. hospitals are plugged into the NEISS system. Whenever a patient is admitted with a product-related injury, details are fed into the NEISS computer. From this data, CPSC statisticians are able to estimate with some accuracy the national magnitude of the personal injuries or fatalities caused by various categories of products. More importantly, the NEISS data give the CPSC a ready means of recognizing emerging problems with specific products before too many people are killed or injured. The Commission can then act to regulate or prohibit the sale or distribution of the particularly injurious product if such administrative action is deemed necessary.

Because of the computerized sophistication of the NEISS system, the CPSC can summarize the product injury data with considerable accuracy. We now know that more than 24 million Americans are injured in product-related home accidents every year; of these, some 110 000 are permanently disabled and 30 000 are killed. The cost in total medical and economic losses amounts to more than $5.5 billion annually. The data reveal that the most hazardous products are ladders, bicycles, children's toys, stairs, cleaning compounds, beds, glass plating and power lawn mowers.[7] These findings exclude data on products outside the CPSC's jurisdiction: foods, drugs, cosmetics, motor vehicles, insecticides, firearms, cigarettes, radiological hazards and certain flammable fabrics. Because of this exclusion and because of the omission of data on workplace product accidents, which have been estimated in the United States at 7 million per year, leading American products liability experts have concluded that a "conservative" estimate of the total annual product accident figure exceeds 35 million injuries, with an estimated annual cost to the nation of $20 billion.[8]

The situation in the United Kingdom is not much different. In the United Kingdom, a National Accident Surveillance Scheme (NASS) collects and collates hospital emergency room data regarding product

injury. The NASS system shows that 7 000 people are killed annually in home accidents, 100 000 are seriously injured or disabled and 1.2 million are injured sufficiently seriously to seek medical assistance. The injuries were mainly attributable to falls, electrical appliances and power tools.[9]

With the help of the American NEISS data and the British NASS data, we can draw a fairly informed conclusion about the extent of product injury in Canada today. Discounting the American data by a factor of ten and the British by a factor of two, we obtain the following Canadian data: 3.5 million Canadians are injured annually in product-related accidents (2.4 million in home accidents); of these, 11 000 are permanently disabled and 3 000 to 5 000 are killed, at a total cost that exceeds $2 billion per year.

Even without a much needed and long overdue electronic injury surveillance system, we can satisfy ourselves that the social and financial magnitude of the product injury problem in Canada today is enormous.

3. Is There a Products Liability "Crisis"?

The suggestion was made earlier that this combination of extensive product injury and increased media exposure has generated a sense of "crisis," particularly in the United States and more particularly in the U.S. products liability insurance industry. By 1976, the dimensions of the "crisis" were perceived by many to be so extensive that several American products liability insurers were driven to full-page informational advertising decrying the products liability "menace." One such ad appeared in The Wall Street Journal (see following page).

The concern of many American manufacturers was that a products liability "crisis" had indeed developed, largely because of overly liberal tort laws and overly generous damage awards. A number of manufacturers alleged that, as a consequence, products liability insurance had become either unaffordable or altogether unavailable. The sharp increases in insurance premiums in 1974-76 hit small manufacturers especially hard.

Reacting to the skyrocketing insurance premiums and to the spectre of massive bankruptcy, manufacturers and insurers united in an attempt to effect legislative solutions. The White House responded to their concerns and in 1976 established a federal Inter-Agency Task Force on Product Liability that would work out of the Department of Commerce and try to resolve the products liability "problem." In 1977, the Task Force issued its findings in a comprehensive, multi-volume report, including a major Final Report.[10] The Task Force concluded that, while products liability litigation had indeed become a problem for many businesses, it had not in fact reached "crisis" proportions. Products liability insurance was found to be still generally available and relatively affordable. Moreover, although the insurance industry had

The product liability menace.

Too late to cry wolf. He's already in your boardroom.

Product liability has turned out to be an undisguised wolf who has invaded company headquarters, everywhere. And his presence has a lot of business people and their insurance companies scrambling up the same tree.

While preoccupation with medical malpractice insurance and OSHA compliance usurped attention from product liability, the problem kept growing.

The American public seems intent on going to court. "Sue the bastards" used to be a joke. Now it's a battle cry. With the help of eager attorneys, plaintiffs are not only quick to demand justice, but "extra" justice, because their chances of success are great. Courts have ruled that it's not necessary to prove negligence on the part of the manufacturer to collect damages.

There has been a frightening increase in the number of product liability claims—and in their dollar volume. Latest available figures show that for every dollar in product liability premiums, insurance companies have been paying out $1.35 in losses and expenses of handling claims.

So insurance rates are bound to go up even more. Perhaps to a point where many manufacturers may not be able to afford the coverage. And *no* one can afford *that*. Not producers. Not the insurance industry. Not the people who need the products. But on the other hand, consumers have a right to expect more than a "Use at Your Own Risk" label on the goods they buy.

Major changes in the tort laws must be made at the state level—and quickly—to correct a disastrous trend. Employers Insurance of Wausau recommends starting with these four modifications.

1. Prohibit the retroactive application of current manufacturing standards to older products. Product safety should be judged according to standards at the time of manufacture.

2. Exempt from liability a maker or seller of a product that was subsequently modified or misused.

3. Establish a statute of limitations on claims based on the time the product left the manufacturer's or seller's control.

4. Eliminate punitive damages which only inflate awards above and beyond full compensation for economic damages and pain and suffering.

We think these changes are reasonable and necessary. We also believe that until there are meaningful reforms in the state tort systems, *loss prevention* remains your best way to cope with the basic problem. And that requires a *partnership effort* on the part of every policyholder. In the long run it's the only way to control insurance *costs*. And to keep certain forms of insurance attainable.

Meanwhile there are other positive things to be done. If you run a small business, join with your trade association in spurring your state legislators to tort reform action. If you're in a large corporation, you have the expertise and specialists within your own company to do some shaking and moving.

We all have to talk up. Because if we don't, nothing will happen. And that's the worst thing that can happen.

Come to the source

Employers Insurance of Wausau

Wausau, Wisconsin

predicted that one million products liability lawsuits would be filed in 1976, the actual figure was found to be closer to 70 000. Nor was there any evidence that manufacturers were in fact being driven out of business because of products liability litigation or attendant insurance costs.

The Task Force identified three principal causes for the products liability "problem":

(1) The rate-making practices of the liability insurers. The Task Force discovered that products liability premiums had lagged behind the broadening of manufacturer liability that had been judicially developed in the 1960s and early 1970s. When, in the mid-1970s, insurers finally woke up to these significant legal changes (discussed infra) that in fact had been evolving over the previous decade, they overreacted. Premiums were increased dramatically not so much on the basis of hard data such as claims made or claims paid, but instead on the basis of "informed guesswork," intuition and "panic pricing."[11]

(2) Unsafe manufacturing practices. The Task Force concluded that products were indeed being sold with dangerous manufacturing flaws, dangerous design inadequacies and inadequate warnings of hidden dangers or instructions for safe use. The Task Force found that a reasonable basis did exist for much of the litigation arising out of product injury.[12]

(3) Uncertainties in the tort litigation system. Variations in the liability rules among the states were found to promote an unhealthy uncertainty that could breed litigation. Ambiguities, uncertainties and inconsistencies in judicially crafted "defective product" definitions only fuelled the products liability litigation fires. Other, less significant causes for the problem were also identified: inflation, increasing consumer awareness of legal rights and available remedies, the increasing number and complexity of products, and product misuse.[13]

In 1978, the successor Task Force on Product Liability and Accident Compensation of the Department of Commerce (chaired by Professor Victor Schwartz, who had also chaired the earlier "working" Task Force) issued an "Options Paper" that considered the possible legislative responses to the problem.[14] In the fall of 1978, Congress began to consider the various proposed remedies, including federalizing insurance regulation, granting tax incentives for self-insurance and "reforming" certain substantive rules of American products liability law. Several months later, in January 1979, the Department of Commerce issued a Draft Uniform Products Liability Act[15] for use by the states when legislating in this area.

The overriding objective of the Draft Act was "to balance fairly the interests of all groups affected by product liability."[16] Its underlying philosophy was that "tort law is not a compensation system" and that "product liability law should impose liability only where it is fair to deem the product seller responsible for an injury."[17] This phi-

losophy was implemented in the 21 sections of the Uniform Act. Although the Act generally preserved the principle of strict liability, it greatly narrowed the range of tort liability to which manufacturers of defective products had hitherto been vulnerable. The Uniform Act provided a new checklist of presumptions and defences that caused many tort scholars and consumer advocates to wonder if indeed the proposed provisions were "reforms" or "retreats."[18]

The manufacturing and products liability insurance lobbies took their problem to state legislatures as well and, indeed, the response at state levels proved to be quicker and even more substantial. The blueprint for state legislation to date has been the "package" of reform proposals issued by the American Insurance Association (AIA) in March 1977.[19] The recommended AIA "reforms" included the following:

(1) a three-year statute of limitations from the date of injury, with an overall eight-year statute of "repose" from the date of manufacture or sale;

(2) a defence when an injury is caused by a post-sale alteration or modification of the product;

(3) a "state of the art" defence, requiring that the manufacturer be judged only according to the knowledge and technology prevailing at the time of sale;

(4) a rule excluding evidence of subsequent improvements in the product's design or formulation after the time of injury;

(5) a restructuring of the duty to warn, including a requirement that the plaintiff establish a clear causal relation between the injury and the failure to warn;

(6) certain limitations on the recovery of punitive damages; and

(7) a restructuring of the rules governing industrial accidents, including the deduction of workers' compensation benefits from judgements against manufacturers and the prohibition of indemnity and contribution suits by manufacturers against employers.

By mid-1979, many of these "reform" measures, and particularly the first four listed above, had been enacted in no less than 22 states.[20] The legislation varies from state to state but common provisions include limitation periods, "cutoff periods" that bar an action against a manufacturer after a stipulated time period, various "state of the art" and "compliance with government safety standards" defences and substantial changes in the rules concerning ad damnum clauses (mainly prohibition of demands for specific sums of money in products liability litigation).

All of these American developments at the federal and state

levels, as well as the work and findings of the Inter-Agency Task Force, are described in detail by Professors Halpern and Carr in their study of Liability Rules and Insurance Markets.[21] The only point that bears repeating here is that all of this recent federal and state-level legislative activity "reforming" the law of products liability has been triggered by a products liability Task Force report that, ironically, found no evidence of a "crisis" or even of a major problem that required legislative intervention. Products liability litigation had not in fact increased, products liability insurance was both available and affordable and any sense of a "crisis" in the products liability insurance industry was largely of the industry's own making and primarily the result of "panic pricing."[22]

Is there, then, a crisis in products liability? No, there is not. Notwithstanding what appears to be a legislative overreaction in the United States, the conclusions of the Inter-Agency Task Force cannot be forgotten. This will become increasingly important as Canadian insurers consider recent law reform proposals and legislative measures calling for the adoption of a strict manufacturer liability rule in Canada. If the Task Force Final Report could conclude that the claims of "crisis" were unfounded even in the American context, where such factors as jury trials, high damage awards, ad damnum clauses, punitive damage awards and contingent fee arrangements abound, then a fortiori the potential for crisis in the Canadian context, where these factors are absent, is even more remote. Even the adoption of strict liability would not make any real impact on the continuing availability and affordability of products liability insurance for Canadian manufacturers. This finding has now been affirmed in Halpern and Carr's study of the Canadian insurance market[23] and by the Ontario Law Reform Commission (OLRC) in its recent Report on Products Liability:

> [T]he American products liability insurance problem has very little relevance [to Canada]...adoption of a principle of strict liability is unlikely to cause any marked increase in the cost of insurance premiums in Ontario.[24]

4. Where Are We Today?: Judicial Developments in the United States and Canada

The products liability "revolution"[25] that gave rise in the United States to a judicially engineered rule of strict manufacturer liability for defective products causing physical injury and that most recently precipitated the misinformed and panic-driven products liability insurance "crisis" described above has not yet taken place in Canada. While their American counterparts are busy pioneering new theories of recovery to permit product injury victims to recover compensation even in cases where they are unable to identify the responsible manufacturer (via a "market share" approach),[26] Canadian judges are still struggling within the traditional confines of the negligence suit.

Canadian products liability law remains an amalgam of contract and tort, strict liability and negligence. Where the injured party can establish a contractual connection with the defendant (most often the retailer of the defective product), he has the advantage of various statutorily implied warranties that combine to impose a burden of strict liability upon the defendant seller.[27] However, where the claim lacks a contractual basis and is brought, say, against a non-privity manufacturer or distributor, then the victim's only recourse is in tort. And here the burden is on the victim-plaintiff to establish the defendant's "negligence." Mere proof of injury, defect and causation (enough to clear the strict liability hurdle) is not enough to establish negligence. Establishment of negligence requires a further finding that the defendant's conduct was, on balance, unreasonable or blameworthy.[28] This inquiry into "fault" has long plagued Canadian products liability litigation and remains in stark contrast to the American regime of strict liability.

On occasion, a Canadian judge has attempted to fashion a stricter test than mere negligence. In Phillips v. Ford Motor Co.,[29] for example, Haines J. suggested the following:

> A manufacturer who designs and puts a product on the market is liable to the ultimate consumer to ensure that the goods so marketed are free from defects which arise from negligence or lack of care on the part of the manufacturer. In a situation where there is no opportunity to inspect the product purchased, the manufacturer owes a duty to all purchasers to take reasonable care, and where the product is a dangerous or potentially dangerous thing, the duty of care so owed approximates an absolute liability.[30]

The decision was reversed by the Ontario Court of Appeal, but on other grounds. Although two of the justices disagreed with the views of Haines J. on the relevant liability standard, the majority of the Court of Appeal expressed no further opinion on the matter. Some writers take this as a signal that views such as those expressed by Haines J. in the above excerpt will begin to appear more frequently in the future and will eventually lead to an open acceptance in Canada of strict liability.[31]

Indeed, Professor Waddams, a leading Canadian torts scholar, believes that the judicial adoption of strict liability "would be less radical a step than the decision in Donoghue v. Stevenson itself."[32] The Ontario Law Reform Commission agrees. In its opinion, strict liability would be "a comparatively minor modification of the existing system."[33] According to the OLRC's recent Report on Products Liability, Canadian courts are already employing a strict liability standard in cases of product injury. While the vocabulary is one of negligence, de facto the result is strict liability.

[I]n order to allocate losses in ways that seem to them appro-

> priate, and in order to compensate the victims of accidents, [our courts] have adopted some of the characteristics of strict liability. Where the injured plaintiff proves defect and causation -- and it should be noted that these are also requirements of recovery in the strict liability jurisdictions in the United States -- he is very likely to succeed.[34]

Other Canadian commentators are more cautious. In Mr. Justice Linden's view, "the big jump to strict liability has not been taken" (emphasis added).

> Despite the revolution that is proceeding apace in the United States, the Canadian courts have so far clung to negligence liability. To be sure, res ipsa loquitur, statutory negligence and other devices have been utilized to widen liability. Nevertheless, the big jump to strict liability has not been taken. The reasons for this are hard to determine. Perhaps Canadian industry, being less developed than American, needed more protection. Perhaps our judges are less willing to intrude on what they believe is a legislative responsibility. Perhaps our bar has not been as bold in advancing new theories of liability. In any event, the time is drawing near when our courts will have to choose which path they will follow.[35]

In fact, the time for judicial innovation may well be past. Judicial developments are being quickly overtaken by legislative initiatives. Whatever momentum there is for the open adoption of a strict products liability rule seems to be more legislative than judicial.

5. Legislative Developments

Since 1977, there have been three provincial initiatives in the area of products liability law reform. Saskatchewan, New Brunswick and Quebec have enacted consumer product warranty legislation. Although these statutes are mainly directed at the defective consumer product that causes financial loss only, certain provisions are also directed at the physical injury or products liability problem. They merit our attention.

(i) The Saskatchewan Consumer Products Warranties Act, 1977[36]

Based on the 1972 Ontario Law Reform Commission Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods,[37] the Saskatchewan enactment provides a statutory product quality framework for the sale of all consumer products. Non-excludable statutory warranties of acceptable quality, reasonable fitness for buyer's purpose, and durability are mandated in the sale of any consumer product.[38] An action for breach of these statutorily implied warranties can be brought not only against the retailer but also against the manufacturer.[39]

The products liability problem is dealt with in sections 5 and 27 of the Act:

> 5. A person who may reasonably be expected to use, consume or be affected by a consumer product and who suffers personal injury as a result of a breach, by a retail seller or manufacturer, of a statutory warranty mentioned in paragraphs 3, 4, 5 and 6 of section 11 shall be entitled to the remedies mentioned in section 27.[40]
>
> 27. A person mentioned in section 5 shall, as against the retail seller or manufacturer, be entitled to recover damages arising from personal injuries that he has suffered and that were reasonably foreseeable as liable to result from the breach.

The combined effect of these sections is to impose a strict liability standard for injurious products on both the retailer and the manufacturer. They also expand the range of actionability to include not only purchasers but also anyone who can reasonably be expected to use, consume or be affected by a consumer product and who suffers personal injury. Problems of contractual privity or of proving negligence are thus eliminated. The result is that, at least in the area of injurious consumer products, a regime of strict liability has been legislatively adopted in Saskatchewan.

There are, however, several respects in which the Saskatchewan Act falls short of a general rule of strict liability. These points are developed in detail in the recent OLRC Report on Products Liability[41] and thus will only be briefly alluded to here. First, the Act applies only to "consumer products."[42] It would not apply to protect someone injured while using, say, a commercial coin-operated dryer; indeed, it would not apply in any case of physical injury attributable to a defective commercial product. Secondly, the statutory warranties only apply where the consumer product "is sold by a retail seller."[43] Given the narrow definition of "retail seller," a pedestrian injured as a result of a brake failure on a passing gravel truck would not come within the protection of the Act. Also excluded would be the supermarket shopper injured by an exploding Coke bottle in one of the aisles, before the defective product was purchased. The Act, afterall, requires that a "sale" be made.

These restrictions and limitations have been criticized as being both anomalous and unjustifiable. The Ontario Law Reform Commission said this:

> These restrictions seem anomalous, for where personal injuries are in question, it does not seem relevant to ask either whether the defective product is a consumer product or whether it has been sold by a retail seller. The rights of the injured plaintiff to recover damages are restricted by reference to a

transaction that appears irrelevant to the question of compensation for such injuries.[44]

(ii) The New Brunswick Product Warranty and Liability Act, 1978[45]

As does its Saskatchewan counterpart, the New Brunswick enactment provides a core of non-excludable, statutorily implied product quality warranties in sales of consumer products.[46] The products liability component is found in section 27 of the Act.

> 27.(1) A supplier of a consumer product that is unreasonably dangerous to person or property because of a defect in design, materials, or workmanship is liable to any person who suffers a consumer loss in the Province because of the defect, if the loss was reasonably foreseeable at the time of his supply as liable to result from the defect and
>
> (a) he has supplied the consumer product in the Province;
>
> (b) he has supplied the consumer product outside the Province but has done something in the Province that contributes to the consumer loss suffered in the Province; or
>
> (c) he has supplied the consumer product outside the Province but the defect arose in whole or in part because of his failure to comply with any mandatory federal standards in relation to health or safety, or the defect caused the consumer product to fail to comply with any such standards.
>
> (2) For the purposes of paragraph (1)(b), where a person has done anything in the Province to further the supply of any consumer product that is similar in kind to the consumer product that caused the loss, it shall be presumed that he has done something in the Province that contributed to the consumer loss suffered in the Province, unless he proves irrefragably that what he did in the Province did not in any way contribute to that loss.
>
> (3) A person is not liable under this section
>
> (a) for any loss that is caused by a defect that is not present in the consumer product at the time he supplies it; or
>
> (b) for any loss that is caused by a defect that he has reason to believe exists and that he discloses to the person to whom he supplies the consumer product before the loss is suffered, if the defect does

> not arise in whole or in part because of his failure to comply with any mandatory federal or provincial standards in relation to health or safety and the defect does not cause the consumer product to fail to comply with any such standards.
>
> (4) The liability of a person under this section does not depend on any contract or negligence.

"Consumer loss" and "consumer product" are defined in section 1(1) of the Act as follows:

> "consumer loss" means
>
> (a) a loss that a person does not suffer in a business capacity; or
>
> (b) a loss that a person suffers in a business capacity to the extent that it consists of liability that he or another person incurs for a loss that is not suffered in a business capacity;
>
> "consumer product" means any tangible personal property, new or used, of a kind that is commonly used for personal, family or household purposes.

These provisions clearly go much further than Saskatchewan's. First of all, the New Brunswick provision creates a direct strict liability for the supply of dangerously defective consumer products. All suppliers are included and not just retailers and manufacturers. And no "sale" is required for the Act to apply. Thus the hypothetical supermarket shopper discussed earlier would be covered under the New Brunswick legislation. The deficiency, again, is that the Act is limited to "consumer products." Consumers injured by a defective product in commercial use would not come within the strict liability provisions.

(iii) The Quebec Consumer Protection Act, 1978[47]

In Quebec, both the manufacturer and the retailer of consumer products are also subject to statutorily imposed product quality obligations. Section 53 of the Act then goes on to provide as follows:

> 53. A consumer who has entered into a contract with a merchant is entitled to exercise directly against the merchant or the manufacturer a recourse based on a latent defect in the goods forming the object of the contract, unless the consumer could have discovered the defect by an ordinary examination.
>
> The same rule applies where there is a lack of instructions necessary for the protection of the user against a risk or danger of which he would otherwise be unaware.

> The merchant or the manufacturer shall not plead that he was unaware of the defect or lack of instructions.
>
> The rights of action against the manufacturer may be exercised by any consumer who is a subsequent purchaser of the goods.

Thus, in Quebec, the manufacturer is held strictly liable for latent defects in consumer products that cause injury to either the purchaser or the sub-purchaser. The Quebec enactment would not cover a mere user or donee. The sales requirement and the limited range of possible plaintiffs makes this enactment narrower than even Saskatchewan's and certainly much narrower than New Brunswick's.

All three statutes, however, have at least one thing in common: a concern that some of the anomalies and unjustifiable distinctions that continue to plague the law of products liability in Canada be eliminated and replaced with a more rational and uniformly applicable regime of strict liability for consumer product injury. Clearly none of these provincial initiatives has removed all of the anomalies. Nor has any provincial legislature moved to openly adopt a generalized strict products liability law. Recent developments, however, suggest that such a move may well be imminent.

6. Reform Proposals: English and European Developments

Several recent English and European law reform initiatives have attempted to develop a more generalized approach to product injury. Each of these initiatives, although differing in considerable detail on some of the more technical aspects of statutory scope and coverage, are ad idem on their most fundamental proposal: the need to adopt a generalized strict liability rule for the producers of defective products.

The English and Scottish Law Commissions' Report on Liability for Defective Products,[48] published in 1977, concluded that the only satisfactory solution to the problem of product injury was the imposition of strict producer liability. In Europe, the drafters of both the Strasbourg Convention and the Draft Directive of the European Economic Community[49] have adopted a similar approach, as did the Pearson Commission in its widely discussed Report on Civil Liability and Compensation for Personal Injury.[50] Given the extent of law reform consensus about the need to adopt a strict producer liability rule, the prospects for implementing these proposals at least in the United Kingdom and in Western Europe appear to be good.

7. The Ontario Law Reform Commission's Report on Products Liability

The Ontario Law Reform Commission's recently published Report on Products Liability[51] has already been referred to several times in the

discussions above. It is an important study that will undoubtedly dominate the products liability debate in Canada in the years ahead.

The OLRC released the Report in 1979. Not surprisingly, the Ontario Law Reform Commission, like its English and European counterparts, also recommends the adoption of a generalized regime of strict tort liability for defective products causing personal injury.

> We are of the firm view that the most rational basis for dealing with the rights of a person injured by a defective product is to create a direct right of action, not dependent on contract, against the supplier of the defective product. This is the conclusion that has been reached by most of the American jurisdictions, the English and Scottish Law Commissions, the Pearson Commission, the Strasbourg Convention and the E.E.C. Draft Directive, and by the Quebec Draft Code and the New Brunswick Act. Accordingly, we recommend that Ontario should enact a principle of strict liability to the effect that a person who supplies a defective product that causes injury should be strictly liable in tort for damages.[52]

Appended to the Report is the Commission's Draft Bill entitled "An Act to Impose Liability on Business Suppliers of Defective Products." The key provision is section 3:

> 3. (1) Where in the course of his business a person supplies a product of a kind that it is his business to supply and the product is a defective product which causes personal injury or damage to property, that person is liable in damages,
>
> (a) for the injury or damage so caused; and
>
> (b) for any economic loss directly consequent upon such injury or damage.
>
> (2) A supplier is not liable under clause a or b of subsection 1 for damage to property used in the course of carrying on a business.

The primary concern of the ORLC was principally with the nature and scope of the civil liability of persons who supply defective products to a purchaser, ultimate user or other person for injuries caused by such products.[53] The OLRC was not concerned in this Report with the problem of defective products that cause only financial loss. This subject was the focus of an earlier OLRC study, the 1972 Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods[54] and was also canvassed to some extent in its recent Report on Sale of Goods.[55]

It is apparent from the language of section 3 of the proposed Draft Bill that the OLRC's approach to the problem of product injury is broader and more rational than that of Saskatchewan, New Brunswick or Quebec. By making the business supplier of a defective product strictly

liable in tort for personal injuries suffered by anyone (purchaser, user or bystander), the OLRC's proposed Draft Bill manages to eliminate the anomalies and inconsistencies that still persist in the three provincial enactments noted above.

Much of the Report is understandably concerned with justifying the adoption of such a generalized strict liability rule. The OLRC presents the arguments for this reform in a succinct and clear-headed fashion. Basically, six points are made:

(1) The present law contains serious anomalies and irrationalities. These anomalies exist because of the jumble of contract and tort rules that currently make up our law of products liability. Thus the retailer of a defective product is held strictly liable (in contract) for injuries sustained by the purchaser but not for injuries sustained by the purchaser's spouse or child or friend, and not if the injury occurs before the purchase is completed. The manufacturer, on the other hand, is liable only in tort (negligence) even though he is generally the party who is primarily responsible for the defective product![56] The present combination of outdated contract and tort rules that make up our law of products liability works to distort the degree and extent of liability that is appropriate to our marketplace today.

(2) The only rational way to resolve these anomalies is to broaden the strict liability regime to include not only the retailer but indeed all suppliers (and particularly the manufacturer), and then to extend this protection to users and bystanders as well as purchasers.

> It might possibly be argued that the anomalies referred to above spring from an erroneous extension of the law of implied warranties in the nineteenth century. The anomalies, it might be said, could be removed in another way than by adoption of strict liability; that is, by abolition of strict liability for breach of warranty, and the substitution of a universal regime of negligence. On that view, the retail seller would not be liable to the buyer or to anyone else unless he were negligent. But the adoption of this view would amount to a retrenchment from the principles of consumer protection developed by the courts since the nineteenth century. Further, it would be a move in a direction contrary to that taken by the legal systems most closely associated with our own. Moreover, the position of the retailer held liable for breach of warranty should not be viewed in isolation. Where the manufacturer or other person supplying the retailer is known, solvent and within the jurisdiction, the retailer who is held liable to the purchaser in the absence of an agreement to the contrary, will generally be able to recover from his supplier, and indirectly from the manufacturer, for breach of warranty in the sale to the retailer. The real question is: Who should take the risk of the manufacturer's not being available as a source of compensation? As between the innocent consum-

> er-buyer and the innocent business-retailer, the courts have held, in effect, that it is the retailer who should take the risk. This view, justifiable in the nineteenth century, seems even more persuasive today, when large retailing chains are common, and when it may often be the retailer rather than the manufacturer who is primarily responsible for the distribution and marketing of the goods. It would seem, therefore, to be a retrogressive step to attempt now to cut back on those elements of strict liability that have found a place in our legal system. The alternative is to extend them, by openly adopting and administering on a rational basis a system of strict liability.[57]

(3) The adoption of a generalized rule of strict liability is in fact only "a comparatively minor modification of the existing system."[58] Canadian courts, although still employing a negligence vocabulary, have already adopted de facto a strict liability approach in product injury cases.

> [T]he courts, in order to allocate losses in ways that seem to them appropriate, and in order to compensate the victims of accidents, have adopted some of the characteristics of strict liability. Where the injured plaintiff proves defect and causation -- and it should be noted that these are also requirements of recovery in the strict liability jurisdictions in the United States -- he is very likely to succeed.[59]

(4) The economic ramifications of a generalized regime of strict liability are straightforward and sensible.

> By "internalizing" the cost of accidents, strict liability encourages the manufacturer to develop cost-justified methods of reducing defects in his products. As soon as it becomes less expensive to develop means of reducing defects than to pay the costs of accidents, a manufacturer will have a greater incentive to develop those means. Under a negligence regime, provided that a manufacturer follows common practice in the industry, and provided that the means of reducing defects are not a reasonably obvious precaution, he may possibly be able to continue his practice without liability.
>
> A consideration of these arguments has persuaded us that, on an economic basis, strict liability for damage caused by defective products is preferable to a principle of liability based on negligence in terms of both compensation and deterrence.[60]

(5) The insurance implications of a shift to strict liability are minimal. The so-called products liability insurance "crisis" in the United States proved to be, on closer examination, nothing more than "panic pricing" by an ill-informed insurance industry. Moreover, the

American experience, for various reasons, has little relevance for Canada.

> [T]he American products liability insurance problem has very little relevance to the advisability of an open recognition of the principle of strict liability in Ontario.
>
> The empirical evidence supports the conclusion that adoption of a principle of strict liability is unlikely to cause any marked increase in the cost of insurance premiums in Ontario. Some increases may occur initially, as insurers adjust to the new rules. In the light of experience, premiums would be expected to level off at a rate, in 1979 dollars, very little higher than the present rate. American experience shows that there was at first no marked difference in insurance premiums in strict liability states and states where negligence still had to be proved. A study of the American situation strongly suggests that the subsequent increases in the cost of insurance premiums have had very little to do with the substantive law of products liability, but are closely related to the high damage awards caused by aspects of the American civil litigation system almost entirely absent from Ontario. So long as this state of affairs continues, there would seem to be no danger of importing into Ontario the American products liability insurance crisis.[61]

(6) And, finally, the adoption of a principle of strict liability for product injury in Ontario would be in accord with recent developments in both the United States and in other jurisdictions throughout the world. The trend of products liability law reform is unequivocally in the direction of strict supplier liability.

> In view of the very close trading relationship between the United States and Canada, and in view of the very large number of consumer goods manufactured in the United States and sold in Canada, the disparity in levels of liability seems strange. When one adds the fact that the law in many western European countries is also moving toward strict liability, and that the English and Scottish Law Commissions and the Pearson Commission in the United Kingdom have recommended strict liability for personal injuries caused by defective products, the case for a similar reform in Canada must appear very strong.[62]

The Commission's Report and Draft Bill were tabled in the Ontario Legislature on December 20, 1979.

8. The Products Liability Debate: Where Are We? -- A Summing Up

Our current position seems relatively clear. The findings of the American study, the recent developments in the United Kingdom and in

Europe, and the analysis and recommendations contained in the Ontario Law Reform Commission's Report all point in the same direction: the resolution of the product injury "problem" requires (although perhaps with some modifications) the adoption of a generalized rule of strict supplier liability for personal injury caused by defective products. In fact, in the opinion of the OLRC, "a rational and equitable law of products liability can be fashioned only by the introduction of a principle of strict liability"[63] (emphasis added).

The products liability law reform debate in Canada over the next five years or so will be heavily influenced by the analysis and the proposals contained in the Ontario Report. The debate in all likelihood will become a single-issue debate: whether or not provincial legislatures should enact a generalized law of strict liability for product injury. The Ontario Law Reform Commission's Report and Draft Bill will be a cornerstone for various provincial working groups and task forces, and, ultimately, for provincial strict liability legislation.

But neither the acceptance of the OLRC Report nor the adoption of strict liability legislation will make any real difference to injured Canadians. If anything, the strict liability debate that is looming on the legislative horizon may well prove to be an irrelevant and empty-handed waste of time. Yet that is where we are.

It is not where we should be.

Notes

1. "Today we face an unparalleled profusion of new products spawned by space-age technology. A somber by-product of this proliferation of new products in the home has been the growth of new categories and dimensions of home injuries." National Commission on Product Safety (1970) at 123. Also see Keeton, Owen and Montgomery (1980) at 1-16.

2. See Epstein (1980a).

3. Keeton, Owen and Montgomery (1980) at 1004.

4. See, for example, Goldenberg (1978).

5. The leading textbooks are Fleming (1977); Keeton, Owen and Montgomery (1980); Miller and Lovell (1977); and Waddams (1980). A good survey article is Smith (1977-78). The critical literature is extensive and is referred to infra, Chapters II to VI.

6. Best (1980).

7. Consumer Product Safety Commission (1970). Also see Keeton, Owen and Montgomery (1980) at 1-16 and O'Connell (1975b) at 19.

8. Keeton, Owen and Montgomery (1980) at 2. Also see Products Safety and Liability Report (BNA) 511 (June 29, 1979).

9. Cranston (1978) at 309-10.

10. IATF (1977c).

11. Id., at I-27 to I-28.

12. Id., at I-24.

13. Id., at I-26 to I-31.

14. 43 Fed. Reg. 14612 (1978).

15. 44 Fed. Reg. 2996 (1979). See Ontario Law Reform Commission (1979b), Appendix 2. Also see Schwartz (1980).

16. Schwartz (1980) at 583.

17. 44 Fed. Reg. 2996 (1979) at 2997.

18. Birnbaum (1978).

19. Keeton, Owen and Montgomery (1980) at 1002.

20. Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, Indiana, Kentucky, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, North Carolina, North Dakota, Oregon, South Dakota, Tennessee, Utah. Several other states, including Alabama, Florida, Georgia, Illinois, Rhode Island and Virginia, have enacted special statutes of limitations or other less comprehensive measures. See Keeton, Owen and Montgomery (1980) at 1002.

21. Halpern and Carr (1981).

22. IATF (1978a) at I-27 to I-28.

23. Halpern and Carr (1981).

24. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 78.

25. See Prosser (1960). Also see the literature canvassed in Smith (1977-78). For a general introduction to American products liability law see Keeton, Owen and Montgomery (1980) and Kimble and Lesher (1979).

26. See Sindell et al. v. Abbott Laboratories et al. (1980), 163 Cal. Rptr. 132; and "Novel Tort Theory Upheld," National Law Journal (April 7, 1980) at 1.

27. Under provincial sale of goods legislation. See, for example, The Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421, ss. 15(1) and (2). Also see Waddams (1980) at 69 et seq.

28. Discussed in more detail in Waddams (1980) at 13-68.

29. [1970] 2 O.R. 714, rev'd on other grounds, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.).

30. [1970] 2 O.R. 714 at 739.

31. See, for example, Waddams (1980) at 258.

32. Id., at 260.

33. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 65.

34. Id., at 18.

35. Wright and Linden (1980) at 13-67.

36. S.S. 1976-77, c. 15. For a detailed discussion of this legislation see Romero (1978-79).

37. Ontario Law Reform Commission (1972).

38. S.S. 1976-77, c. 15, s. 11.

39. Id., s. 13(3).

40. Paragraphs 3, 4, 5 and 6 of section 11 correspond to the warranties of description, acceptable quality and reasonable fitness for purpose and sample.

41. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 39-41.

42. S.S. 1976-77, c. 15, s. 2(e).

43. Id., s. 2(1).

44. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 40.

45. S.N.B. 1978, c. C-18.1.

46. Id. Described in Ontario Law Reform Commission (1979b) at 41-44.

47. Assemblée nationale du Québec, Bill 72, 3rd Session, 31st Legislature (1978). Royal Assent December 22, 1978. Proclaimed in force effective April 30, 1980.

48. Law Com. No. 82 (Scot. Law Com. No. 45) (1977).

49. See Ontario Law Reform Commission (1979b), Appendices 3 and 4.

50. (1978) (Cmnd. 7054). For a detailed and critical evaluation see Allen, Bourn and Holyoak (1979) and the articles therein. Also see Hasson (1979).

51. Ontario Law Reform Commission (1979b).

52. Id., at 64.

53. Id., at 3.

54. Id.

55. Id.

56. Id., at 34.

57. Id., at 35-36.

58. Id., at 65.

59. Id., at 18.

60. Id., at 70.

61. Id., at 78.

62. Id., at 35.

63. Id., at 133.

Chapter II

THE PRODUCTS LIABILITY DEBATE: WHERE WE SHOULD BE

Every serious law reform initiative has to have a starting point. In most cases, that starting point can be stated quite simply: problem identification. What exactly is the problem? What are its dimensions? What do we know about the context in which this problem arises? These are sensible questions that should be asked at the threshold of any serious inquiry. A failure in properly identifying the real problem or in putting that problem into a realistic context is bound to distort, and may indeed destroy, the validity of the entire inquiry. It was Bernanos, a French philosopher, who once observed that "the worst, the most corrupting of lies are problems poorly stated."[1]

1. Acknowledging the Context

All of the recent law reform initiatives discussed above in Chapter I, whether those in the United States, Europe, the United Kingdom or Canada, take as their starting point the products liability tort litigation system. Their unstated assumption is that the problem of product injury is rooted in and can be resolved by a rational evaluation and reform of tort liability rules. Thus the current fascination with strict liability and the pervasive belief that "a rational and equitable law of products liability can be fashioned only by the introduction of a principle of strict liability."[2]

Yet even the Ontario Law Reform Commission, whose recent Report on Products Liability is a leading example of this kind of thinking, recognizes in this same Report that "the primary purpose of tort law in the area of products liability is to obtain a rational, fair and workable system of accident compensation."[3] But clearly, the tort litigation system is not the only mechanism in our society that has as its primary concern compensation for accidental product injury. If a major objective of products liability law reform is to help develop a rational, fair and workable system of accident compensation, would it not make sense to begin the inquiry at its logical starting point by first examining the nature and extent of the various compensation schemes that already exist in addition to the tort system? Wouldn't it also be sensible to then evaluate the overall relevance and effectiveness of tort in the context of what we already have, rather than simply assume its superiority? In other words, if the concern is fair and workable accident compensation, the research focus surely has to be wide enough to include the entire picture and not just the fragment called tort.

Some might object at this point to suggest that the better rationale for the current focus on tort law reform is not a concern

about compensation but a concern about controlling product safety or deterrence. The idea here is that civil liability is still an effective incentive in deterring the design and manufacture of unreasonably dangerous products. But again, this deterrence rationale cannot simply be assumed. Surely any serious inquiry would begin by first examining the full range of existing product safety regulatory mechanisms and would then proceed to evaluate the relevance and overall effectiveness of the tort liability fragment in this wider context. The current products liability law reform initiatives have arbitrarily restricted the bounds of their debate to a mere choice of liability rules. Context has been all but ignored.

2. Recognizing the Full Extent of Current Controversy and Criticism

A second deficiency in the current debate is even more glaring: the continuing refusal to consider all of the available evidence. The last two decades have seen an explosion in scholarly research and empirical study of products liability and product injury compensation. The tort system in particular has been subjected to intense and critical examination. Textbooks, articles, law reform reports and government studies have carefully analyzed the benefits and the costs of tort law reform and have documented their findings with hard empirical evidence. Much of this literature will be explored in the chapters that follow. The point here is that much of the current products liability law reform debate refuses to even acknowledge, let alone examine, the evidence that is now available.

Why is this wider literature being ignored? Law reformers are neither malevolent nor stupid. But they are, by and large, lawyers, and lawyers tend to write about what they know best: liability rules and litigation. The possibility that the world of litigation for product injury is only a small slice of the real world of accident compensation, and is largely irrelevant to most victims of product injury, rarely if ever occurs to them. Because lawyers do litigate and because some people do recover in some cases of product injury, the law reformers continue to assume the prominence and the relevance of tort. As Professor O'Connell observed, perhaps less charitably than he might have:

> It is the fascination of us lawyers with our own energetic and gallant ratiocinations -- ratiocinations that ignore the big issues while taking years and sometimes even generations to work out the small ones -- which has so largely caused the almost unimaginable grief that the tort liability system inflicts on everyone (except lawyers)....It is time we lawyers stopped kidding ourselves and our constituencies with our endless and largely futile ratiocinations which iron out the small contradictions and leave the big ones alone. It is time we turned to ambitious legislation for reform instead of relying so much on the tortured, tortuous, even torturing tort

> system with its case by case common law crawl -- a system from which law professors derive so much fascination, law practitioners so much income, and the general public so few benefits.[4]

The point here is not to proselytize the views of the critics. The point is simply to show that a great body of carefully documented scholarship now exists that has crucial relevance for the current debate in products liability law reform. Intellectual honesty demands that this literature be surveyed, assessed and -- to the extent that its conclusions are in fact supportable -- incorporated into the current discussions.

The principal contributors to this body of data and documentation about the deficiencies of tort are Professors Patrick Atiyah, Terry Ison and Jeffrey O'Connell. Their research has now been published in various of their books and articles.[5] Although their individual perspectives on accident compensation differ -- sometimes considerably -- their basic conclusion is a uniformly held, sophisticated, carefully documented indictment of tort. All three believe profoundly that tort litigation for personal injury should be abolished and should be replaced with some version of a comprehensive first-party no-fault accident compensation scheme. Professors Ison and Atiyah would expand this scheme to include all disability, including sickness and disease. Their analyses and arguments will be explored in detail in the chapter that follows, but perhaps at this stage some sense of the scope and intensity of their concern and criticism would be useful.

First, here is Professor Jeffrey O'Connell. A longtime advocate of "elective" no-fault (discussed infra in Chapter VIII), he offers a criticism of tort that is both trenchant and timely. The following excerpt is from his most recent book, The Lawsuit Lottery:

> The operation of the tort system is akin to a lottery. Most crucial criteria for payment are largely controlled by chance: (1) whether one is "lucky" enough to be injured by someone whose conduct or product can be proved faulty; (2) whether that party's insurance limits or assets are sufficient to promise an award or settlement commensurate with losses and expenses; (3) whether one's own innocence of faulty conduct can be proved; and (4) whether one has the good fortune to retain a lawyer who can exploit all the variables before an impressionable jury, including graphically portraying whatever pain one has suffered. Small wonder that for those significantly injured in traffic accidents, 55 per cent get absolutely nothing from the tort liability system. For injuries from malfunctioning products or medical malpractice the percentage of those paid from liability insurance is far less. But while many, especially among the more seriously injured, go unpaid, many others, especially among the less seriously injured, are overpaid. Moreover, any payment to anyone is

> usually long delayed. And far too much is spent on insurance overhead and lawyers' fees. Indeed, the biggest irony of the tort liability system is the degree to which it has come to reward the supposedly supporting players -- in this case lawyers and increasingly, as we shall see, certain doctors -- rather than compensate accident victims.[6]

Next is Professor Terry Ison, author of the controversial study The Forensic Lottery. The following excerpt is taken from a very recent article entitled "The Politics of Reform in Personal Injury Compensation":

> Tort liability does not provide universal income insurance coverage for those who are disabled from earning, nor does it compensate a category of disabled people the perimeters of which are defined on any rational basis. The determination of which disabled people receive compensation and which do not involves too many elements of chance and luck that are unrelated to need, loss or blame. The calculation of damages is to a large extent intuitive; and, in cases of permanent disability, it requires a present prediction (necessarily wrong) of future losses. The compensation takes the form of a lump-sum payment whereas in the most serious cases, involving a loss of future income, the need is for future income. The delays involved in the processes of determining liability and assessing damages inevitably result in the system being useless as a source of support during the critical weeks and months following the occurrence of disability. The system is perverse in its influence on physical recovery and vocational rehabilitation. The administrative cost of tort liability is enormous compared with any conceivable alternative. Indeed, it is the only system in which the total administrative cost appears equal to or greater than the net compensation received by the victims of disability....
>
> These negative features of the system are not counter-balanced by any demonstrable advantages.
>
> Most tort claims are covered by liability insurance. It could well be that the prospect of a premium variation has some beneficial effect as an influence for safety. To the extent that this is so, however, a far more effective and sophisticated system of experience rating and hazard rating could be developed in an advanced system of social insurance than could possibly be developed out of a system of tort liability. Moreover, insofar as safety is the objective, tort liability is in several respects a clumsy device compared with more direct forms of regulation. The imposition of tort liability, whether covered by insurance or not, might well create an incentive to avoid liability. But this is not the same thing as an incentive to avoid injury. Care to avoid

> injuries is only one among several possible steps that might be taken to avoid liability for injuries. As the x-ray example mentioned above illustrates, some of the other possible steps may be socially undesirable.
>
> In recent years, much of the discussion in legal literature has focused on whether liability for negligence should be replaced or supplemented by a system of "no fault." But the phrase "no fault" as a label for reform is misleading. It describes nothing in particular. More important, it seems to imply that the problems with tort liability are all or mainly a corollary of the fault principle. That is not so. A partial or even total shift from the fault principle to some other basis of liability could, at best, only alleviate some of the objections to tort liability. The most basic problems result not from the fault principle but from the use of any liability system at all.[7]

Ison's proposal would involve the abolition of tort and the integration of existing disability compensation schemes into one comprehensive scheme of social insurance:

> The theme of it is that the fragmented array of categorized systems of disability compensation that now exist should be replaced entirely by an advanced system of social insurance, together with the retention of voluntary life insurance.
>
> All causes of action in tort for damages for personal injury or death would be abolished. Workers' compensation, automobile insurance benefits, compensation for the victims of crime, the sickness benefits under the Unemployment Insurance Act, and other government systems involving the categorized treatment of disability would also be abolished as separate systems of compensation. They would merge into the new plan, and the revenues of those systems would be channelled into the new plan.
>
> The plan would provide basic income security needs in the event of disability or death, and beyond that would provide income insurance for disability. Income insurance (beyond basic income security) in respect of death could be left to voluntary life insurance.
>
> The revenues of the insurance fund would be derived from: a charge on motor vehicles (replacing automobile insurance); a charge on employment (replacing the workers' compensation assessments levied at present); taxes on certain categories of hazardous consumption activity (such as cigarettes); income tax.

> The benefits would be: A/an income allowance for total disability; B/an income allowance for partial disability; C/rehabilitation services; D/lump-sum payments in respect of non-monetary consequences of disability; and E/the preservation of pension rights.
>
> The operational structure for the disability benefits and basic death benefits would be an administrative process with a specialized adjudicating tribunal. It would not involve litigation in courts of general jurisdiction.[8]

Finally, here is a rather lengthy excerpt from Professor Patrick Atiyah's brilliant work Accidents, Compensation and the Law, in which he attempts to put the problem of product injury, accident compensation, and disability and disease generally, into a wider law reform context:

> It is difficult to resist the conclusion that the right path for reform is to abolish the tort system so far as personal injuries and disabilities are concerned, and to use the money at present being poured into the tort system to improve the social security benefits, and the social services generally....
>
> A reasonable working plan would be to bring diseases and natural disabilities and non-industrial accidents under the industrial injuries system....
>
> It may very well be that this could be done without another penny being levied from the taxpayer or the premium payer because if all the tort compensation money (including the vast sums swallowed up in administering the tort system) were levied in the form of a new social security contribution, the proceeds might be sufficient for the purpose. In addition the criminal injuries compensation system could be merged into the industrial injury system.
>
> The cost of a scheme along these lines would of course have to be worked out with great care, but it is desirable to emphasize that if proposals for reform start with the social security system, and not with the tort system, the cost of the changes need impose no extra charge on the public if it is felt that the proportion of national income devoted to these welfare purposes is adequate at present. Most people who have examined the failings of the tort system as a method of compensating for personal injuries have proposed various ways in which tort compensation could be extended (for example by an expansion of "strict" liability), but as the small proportion of accident victims who today receive tort compensation has come to be more recognized, the enormous cost of expanding tort liability coverage has become intimidating. Clearly, this is to start at the wrong end. The right place to start

> is with the social security system if only because this extends to the whole population, while tort law only compensates a small proportion of victims of accidents and only a negligible number of victims of disease. The lawyer's traditional attitude which thinks of the courts as the "ordinary" or "regular" courts dealing with the "ordinary" law, while social security is somehow a "special" or "extraordinary" system of laws and tribunals, must be revised to bring it into line with the facts. Since the great majority of victims of accident and disease have to do without tort compensation at present, it is clear that even to abolish tort liability altogether and put nothing else in its place, would only be to inflict on some the hardships which at present most have to endure. For example, to abolish tort liability for industrial accidents would not affect the great majority of industrial accident victims who at present make do, and have to make do, with industrial injury and disablement benefits. In one sense, therefore, the entire cost of the tort system is a bonus, an extra sum of money which could be used to supplement the social security system in whatever ways are felt to be necessary. Since the most striking weakness of the social security system is its failure to cope adequately with the long-term disabled (other than the industrially disabled) this is the point at which more money is clearly and urgently needed. As we have already indicated, this money could be derived, without additional cost to the public, from the insurance premiums at present devoted to meeting tort liability for road and industrial accidents. Even if this money is inadequate to cover the cost of expanding the industrial injuries system to all people disabled by injury or sickness, a start could be made in this direction.[9]

None of these scholars write from mere anecdote or assumption. All of them offer data and documentation verifying their findings and conclusions. And yet little, if any, reference can be found to these studies in the current products liability debate. It may well be that the path-breaking work of Ison, Atiyah and O'Connell, and indeed of the countless others now following in their footsteps,[10] will prove unsubstantiable. But it has to be acknowledged and assessed.

3. Admitting the Relevance of the New Zealand Experiment

The work of these no-fault scholars is no longer mere theoretical or ivory tower speculation. The validity of their analysis has been debated and accepted by the New Zealand Legislature. In fact, the legislators in New Zealand have now provided us with several years of "on-line" experimentation with universal accident compensation.

In 1974, New Zealand became the first country in the Western world to adopt and implement a comprehensive no-fault compensation

approach to personal accidental injury. The Accident Compensation Act[11] abolished the common-law tort action for personal injury and death and established instead an Accident Compensation Commission (ACC). Anyone suffering "personal injury by accident" simply files a claim with the ACC. Various direct and consequential losses are compensable: medical expenses, lost income, pain and suffering, etc. The ACC determines the appropriate award and the period of payment and advises the victim-recipient. The average time between application and first payment is 12 days, and this with only 497 employees working at 52 centres servicing a New Zealand population of nearly four million.[12]

New Zealand's Accident Compensation Scheme is financed in three ways: (1) an earners' scheme funded by a modest levy on all employers, (2) a road accident scheme funded by a motor vehicle licence charge, and (3) a residual scheme covering all other personal injury cases (such as home accidents involving non-earners), funded from general revenues.

Scores of studies have now been completed documenting in considerable detail both the cost and the benefits of this social insurance alternative.[13] A major study of the New Zealand system that has particular relevance for Canadian policymakers has recently been published by Professor Terry Ison.[14] What can be said in sum about the New Zealand experiment? Simply put: it is working and it is working well. Various financial impact studies have concluded not only that the overall additional cost in the switch to no-fault accident compensation was minimal, but also that the expanded coverage, convenience and efficiency -- not to mention fundamental fairness -- was indeed substantial.[15] For example, the additional levy on employers turned out to be only 11 per cent more than was the case under the old workers' compensation regime.[16]

There has been some concern that the ACC's determination of causation questions or of appropriate lump-sum awards for non-economic loss (such as pain and suffering) would allow some of the counter-productive aspects of legalism and of administrative litigation to creep back in. It seems, however, that these concerns have been overstated. Recent studies indicate that although there has been a slight drift back to legalism, it has been unavoidable and quite minimal overall.[17] Of the 130 000 or so claims in 1977, for example, only 2 689 claimants applied for review, and of these only 807 proceeded to the hearing stage. Thus in only .6 per cent of the personal injury claims was there even a hearing.[18]

Every indication to date is that the New Zealand experiment is running very smoothly. According to Professor Geoffrey Palmer, "the overwhelming impression to be gleaned from reading the decisions of the ACC is how simple it all is."[19] There are to be sure, serious issues on the horizon for the ACC: how to make the "personal injury by accident" guidelines more precise; whether to raise the levels of coverage; whether to extend the operation of the plan to tourists visiting New Zealand; whether the lump-sum award for non-economic losses should be

elimi ated or retained; and, most importantly, whether accident compensation should be extended to include sickness and disease.[20] But, overall, the fundamental precepts seem to be firmly in place. And the idea is working.

> There is no mystique and precious little drama about the new accident law. But a lot of people who received nothing under the old system are being compensated and compensated quickly.[21]

Is the New Zealand experiment in universal accident compensation relevant to Canadian products liability law reform? Of course it is. As Professor Marc Franklin noted, the New Zealand experiment cannot be summarily dismissed: "We are too similar in the ways in which we kill and injure ourselves."[22]

And yet little, if any, mention is made of the universal accident compensation alternative in the current products liability debate. The Ontario Law Reform Commission, to be sure, does refer to the New Zealand system at one point in its Report. "One possible solution to the problem of personal injuries caused by defective products," it notes, "is the introduction of a comprehensive scheme of accident compensation."[23] Indeed, it goes on to acknowledge that

> [a] strong case can be made for such reform. This case rests chiefly on the view that there are more efficient, rational and just methods of compensating those injured by accident than the present system of tort litigation. Once the main purpose of the system is seen as accident compensation, it is difficult to understand why a distinction should be drawn between the innocent victim of an accident who is fortunate enough to find somebody who can be made legally liable, and the accident victim who, similarly injured, cannot find anyone, or any solvent person, to be made liable. Subsidiary arguments in support of this case are that the present system is time-consuming and expensive; it uses up the time of courts, lawyers and expert witnesses, all to an end that could much more easily and directly be achieved by simply paying compensation. The variations in awards of damages lead to further anomalies, and to the unequal treatment of those in equal need.[24]

However, the OLRC then goes on to conclude that "the consideration of a universal scheme of compensation for personal injuries is beyond the scope of this Report and, accordingly, we express no views on the matter."[25]

But a law reform alternative for which a "strong case can be made" should not be beyond the scope of a responsible research study. All relevant alternatives and developments have to be assessed. In Chapter III, the products liability debate is put into its proper context.

Notes

1. Quoted in Moynihan (1973) at 23.

2. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 133.

3. Id., at 69.

4. O'Connell (1975b) at 63 and 67.

5. See Atiyah (1975a), Ison (1967) (1969a) (1969b) (1973) (1977b) (1981), and O'Connell (1971) (1975a) (1975b) (1977a) (1978) (1979).

6. O'Connell (1979) at 8-9.

7. Ison (1977b) at 386-87.

8. Id., at 389.

9. Atiyah (1975a) at 611-13.

10. See, for example, Dunlop (1975), Feldthusen and McNair (1979) and Glasbeek and Hasson (1977).

11. 1972, Sched. 2, as amended by the Accident Compensation Act (No. 2) 1973.

12. Holyoak (1979).

13. See, for example, Palmer (1977) and Gaskins (1980) and the literature described therein.

14. Ison (1981).

15. Palmer (1977). Also see Sandford (1978).

16. Holyoak (1979) at 185.

17. Szakats (1978).

18. Id., at 216-17.

19. Palmer (1977) at 2.

20. For a more detailed consideration of these points see Gaskins (1980).

21. Palmer (1977) at 3.

22. Franklin (1975) at 672.

23. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 61.

24. Id., at 62.

25. Id., at 63.

Chapter III

PRODUCTS LIABILITY IN CONTEXT: ACCIDENT COMPENSATION IN CANADA TODAY

> It has been the risk distribution mechanism having its roots at least as far back as the 13th century that has influenced the treatment of accidental losses in our society more than anything else. When accidents became a real problem, tort law alone was inadequate to handle them. Lawyers tending toward myopia believe that with regard to accidental losses the sun rises and sets in tort law. It is fairly clear that a good portion of the casualty insurance industry is similarly afflicted, yet the real center of the accident loss universe is the risk distribution concept itself and the tort liability insurance system is only one of the smaller systems found within it.[1]

This chapter tries to put the products liability debate into a wider context of product injury and accident compensation. The problem of product injury in Canada today is not the exclusive concern of tort law alone. Upon closer examination, tort is revealed as simply one of several mechanisms that are concerned with compensation for accidental injury. In fact, the more important mechanisms are not judicial but administrative. They are government-administered loss reparation schemes that are largely forgotten about or ignored in most of the current products liability law reform discussions. And yet, per capita, these federal and provincial first-party no-fault compensation schemes have a greater social and financial impact on the average Canadian suffering physical injury or disability than the tort litigation fragment.

Some of these loss reparation schemes are well-known: workers' compensation, provincial health insurance, UIC sickness benefits. Others are less familiar. Together, however, they provide a financially substantial network of accident compensation schemes that pay out benefits to eligible Canadians without regard to "fault" and without resort to litigation.

1. No-Fault Accident Compensation in Canada Today: Nature and Extent

(i) Provincial Health Insurance

Few people think of the provincially administered hospital and medical insurance programs as examples of state-run no-fault. Yet clearly they are. Indeed, one of the largest programs of government no-fault compensation for economic loss is the Canadian health care system. In Ontario alone, government expenditures for the health needs of its residents total almost $4 billion annually.[2] What portion of this goes towards the medical costs of product-related personal injuries

and what percentage to sickness and disease is not discernible. But even if accidental injury, whether work-, auto- or home-related, accounts for 10 per cent of this sum, the total cost relevant to our purposes is still large: $400 million a year in Ontario alone. Extrapolated to a national level this figure might approach $1.6 billion.

Although health care and, in particular, the hospital and medical insurance programs being considered here are a provincial responsibility, the federal government precipitated provincial action in this area through two influential cost-sharing initiatives. The first, dealing with hospital care expenses, was outlined in the Hospital Insurance Diagnostic Services Act of 1957.[3] To be eligible for federal grant monies, a province had to establish a hospital plan that would meet certain minimum standards of hospital care as well as standards of accessibility. The federal program took effect on July 1, 1958, and by January 1, 1961, all of the provinces had joined.[4]

Based on the success of the Hospital Insurance Plan, the report of the Royal Commission on Health Services (the Hall Commission), and on experiments by various provincial governments, the federal government announced in 1965 its intention to introduce a second shared-cost program, this one for the professional services of physicians. In 1966, the Medical Care Act[5] was enacted. It took effect on July 1, 1968, and by January 1, 1971, the last province had joined the program.[6] In order to qualify, the provinces were required to establish a medical care insurance plan that would meet the following "four point" criteria of the federal government: comprehensive coverage, universality, public non-profit administration and benefit portability.

Today the provincially administered hospital and medical insurance plans provide universalized no-fault coverage to Canadians in all ten provinces. Various design questions will continue to demand legislative attention and review: doctors' participation, funding methods, coverage levels, etc.[7] But the principles of no-fault compensation and state administration seem to be firmly rooted in place.

(ii) Workers' Compensation

The second example of an extensive state-run no-fault accident compensation program is workers' compensation. Following the lead of Ontario (whose Workmen's Compensation Act of 1914 was Canada's first piece of social insurance legislation),[8] provincial legislatures had established a Canada-wide income insurance scheme dealing with work-related injury by 1920. Thereafter the on-the-job injury or, more particularly, "personal injury by accident arising out of and in the course of employment,"[9] was to be dealt with administratively, not judicially, and on a strictly no-fault basis. The provincial workers' compensation board's only concern was to be documentation of injury and adjudication of the appropriate level of payable benefits.

These benefits are generally restricted to economic loss and vary from province to province.[10] In Ontario, for example, the minimum monthly pension for permanent total disability is $571 and for temporary total disability $129.[11] A rough approximation of the average benefit level is on the order of 75 per cent of average weekly earnings up to a stipulated maximum. In Ontario, the maximum of insurable earnings is $18 500 per year.[12] The costs of all necessary medical aid are also assessed by the provincial compensation board. This can include special care and home care expenses. In cases where the worker is killed on the job or dies as a consequence of a work-related injury, various death benefits, funeral expenses and survivor pensions are also available.[13]

A total of 425 000 work-related product injuries were reported in 1978 in Ontario alone. Compensation payments totalled $382 million. A further $270 million was also set aside to pay for the legislated increases in pension benefits made in that year.[14]

The provincial workers' compensation schemes are funded by levies or assessments on employers. The notion of collective liability prevails, with each category of industry making a contribution according to the hazards of that category. Employer assessments thus can vary from $.20 per $100 of payroll for architects to $13.40 per $100 of payroll for demolition companies. Partial refunds as well as additional penalties are paid or assessed based on the particular employer's actual safety record. The object here, of course, is to internalize the full economic cost of worker injury and to create some incentive for industrial safety. The extent to which "risk rating" or premium variability works as a deterrence mechanism is discussed further in Chapter VI.

What is particularly striking about workers' compensation is its overall administrative efficiency. The administrative costs of the Ontario scheme in 1978 were approximately 10 per cent of actual benefits paid. It will be seen in Chapter V how this compares with the tort litigation system as a compensation mechanism.

Three important points should be made here. First, the social and economic benefits of a universalized no-fault compensation approach to work-related product injury have been acknowledged and accepted by all ten provincial legislatures for over 60 years. Second, the convenience and overall efficiency of the compensation schemes is attested to by the 98 per cent of injured employees who choose workers' compensation over tort litigation.[15] Finally, the financial dimensions of this no-fault program are substantial: payouts annually across Canada total some $1.6 billion.[16]

(iii) Limited No-Fault Auto Accident Benefits

One of the most injurious products of twentieth century North American society is the automobile. In 1977, automobile accidents in Canada accounted for 5 253 deaths and 215 000 injuries. It is estimated

that one-quarter of the time of our higher courts and nearly one-half of the time of our lower courts is spent on motor vehicle accident ("fender-bender") litigation.[17] Because of the extent of auto-related injury and the increasing difficulties in obtaining adequate compensation, provincial legislatures have in recent years introduced mandatory, but limited, no-fault insurance protection on an "add-on" basis.

Saskatchewan introduced the first such no-fault add-on plan in 1946, but other provinces did not follow suit until Ontario's consideration of the issue in the early 1960s. Based upon the Final Report on Automobile Insurance of the Select Committee of the Ontario Legislature, published in 1963, the Ontario legislature moved in 1967 to introduce a voluntary no-fault add-on scheme that went into effect January 1, 1968. By the end of 1968 every province but Quebec and British Columbia had similar legislation in place.

The pressure mounted for a mandatory plan. The Canadian Bar Association, at its annual convention in Ottawa on September 3, 1969, passed the following resolution: "Be it resolved that the accident benefits presently available in the standard automobile policy be made mandatory in all such policies and in all provinces."[18] Shortly thereafter, Ontario legislated mandatory no-fault accident benefits effective January 1, 1972. By 1978, six provinces had made no-fault accident insurance benefits mandatory.

The scope of the no-fault coverage is quite extensive. The Ontario plan, for example, provides compensation regardless of fault to any "insured person...who sustains bodily injury or death, directly and independently of all other causes, by an accident arising out of the use or operation of an automobile."[19] An "insured person" includes any occupant of the insured vehicle, any person who is struck in Canada by the insured automobile, and the insured and members of his family injured while occupants of another vehicle or while they are pedestrians.[20]

The nature and extent of benefits that are payable under these limited no-fault plans vary slightly from province to province. The range of benefits provided under the Ontario scheme is illustrative of most of the provincial plans:

> All reasonable expenses incurred within four years from the date of the accident for necessary medical, surgical, dental, chiropractic, hospital, professional nursing, ambulance service, and rehabilitation care to a limit of $25 000 per person will be paid. The insurer, however, is not liable for any portion of these expenses that are "payable or recoverable under any medical, surgical, dental, or hospitalization plan or law." In addition, funeral expenses up to the amount of $1 000 per person will be reimbursed. Death benefits are payable in the amount of $10 000 for a head of the household, $10 000 for a spouse of the head of the household and $2 000 for dependents. If the head of a household dies, leaving two

or more survivors, an additional $1 000 is payable for each survivor other than the first. Weekly disability benefits are forthcoming during the time when a person "suffers substantial inability to perform the essential duties of his occupation or employment." To qualify, this inability must occur within 30 days of the accident and the person must have been employed at the date of the accident. These payments will stop after 104 weeks, however, unless it is established that such injury continuously prevents such person from engaging in any occupation or employment for which he is reasonably suited by education, training or experience. In such a case, these weekly benefits will run for the duration of such inability.

The amount of the weekly benefit is 80 per cent of the gross weekly earnings, subject to a maximum of $140 per week. For a housekeeper who is unable to perform any of his or her duties, by reason of incapacity, the payment is $70 per week to a maximum of 12 weeks.

Tort rights are preserved for losses over the amount of these benefits. See Insurance Amendment Act, 1971, Stat. Ont., Vol. 2, c. 84, ss. 14, 15. See also O. Reg. 162/78. Payments made under the no-fault plan, however, are deducted from any tort recovery, but not if they are payments by the plan of another province. See Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224 as amended, s. 237(2); MacDonald v. Proctor (1977), 19 O.R. (2d) 745 (Ont. C.A.). This coverage currently costs $15 per vehicle annually.[21]

Table 1 provides a useful comparison of selected no-fault automobile accident benefit levels across Canada.[22]

The "add-on" aspect of these no-fault benefit schemes deserves a brief comment. The right to sue in tort has not been abridged (except for a setoff of the no-fault benefit to eliminate double recovery) in any Canadian province except Quebec, where a comprehensive government-run no-fault scheme has recently been implemented. The Quebec development is discussed below in Chapter IV. Except for Quebec, however, all of the provincial "add-on" plans allow and, indeed, envisage insurance settlement and/or tort litigation for amounts in excess of the benefit levels and for non-economic heads of damage such as pain and suffering.

In some provinces the no-fault "add-on" plans are administered by private insurers. Ontario, Nova Scotia, Prince Edward Island, Newfoundland, New Brunswick and Alberta fall within this category. In four of the provinces the no-fault schemes are administered by the government: Saskatchewan (the Saskatchewan Government Insurance Office); Manitoba (the Manitoba Public Insurance Corporation); British Columbia (the Insurance Corporation of British Columbia); and Quebec (Régie de l'assurance-automobile du Québec).

Automobile Insurance

Canadian Automobile Insurance Plans (as of July 1, 1981)

Table 1

N.S./P.E.I./Nfld.	N.B.	Que.	Ont.	Man.	Sask.	Alta.	B.C.	Yukon/N.W.T.
Third Party Liability (Bodily Injury and Property Damage) Compulsory in all provinces.								
N.S. Min. $100,000 P.E.I. Min. $100,000 Nfld. Min. $ 75,000	Minimum $100,000	Minimum $50,000 No Exposure to Bodily Injury within Quebec	Minimum $200,000	Minimum $50,000	Minimum $100,000	Minimum $100,000	Minimum $100,000	Yukon $75,000 N.W.T. $50,000
Medical Payments								
$2000 per person excluding amounts under Government Medical & Hospital Plans Time Limit 2 Years	$20,000 per person excluding amounts under Government Medical & Hospital Plans Time Limit 3 years	No time or amount limit Includes rehabilitation	$25,000 per person including rehabilitation excluding Ontario Health Insurance Plan Time Limit 4 years	$20,000 per person excluding Compulsory Health Insurance Scheme	$4000 per person discretionary to meet expenses	$5000 per person excluding rehabilitation. Excluding amounts under Government Medical & Hospital Plans	$100,000 per person subject to third party limit. Includes rehabilitation. Excludes Government Medical & Hospital Plans	$2000 per person excluding amounts under Government Medical & Hospital Plans
Funeral Expense Benefits								
$500 maximum	$750 maximum	$1305.72 maximum	$1000 maximum	$1000 maximum	$300 maximum	$1000 maximum	$1000 maximum	$500 maximum
Disability Income Benefit								
$35.00 per week 104 weeks temporary + 104 weeks permanent 7 day deductible Contributory Housewife $12.50 per week Max. 12 Weeks	80% of Wages Max. $105.00 weekly up to 3 years 7 day franchise Replacement Services up to $15.00 per day for persons not employed	$104.46 per week 90% of net wages Max. Income Gross $23,500 per year Temporary 5 years Permanent lifetime 7 day deductible Non contributory	80% of Wages Max. $140.00 weekly Subject to loss of employment income 104 weeks temporary + lifetime total & permanent first day cover Non contributory 1st 14 days Unpaid housekeeper $70.00 per week Max. 12 weeks	$120.00 per week or 70% of wages Max. $270.00 weekly 104 weeks partial @ $50.00 7 day deductible Contributory Housewife Lifetime Total $120.00 weekly Partial $35.00 weekly Max. 20 weeks	$150.00 per week Lifetime Total 104 weeks partial @ $75.00 7 day deductible Contributory Housewife $150.00 weekly – Total $75.00 weekly – Partial Max. 104 weeks	80% Gross Wages Max. $105.00 weekly Min. $40.00 weekly 104 weeks temporary or total 7 day deductible Contributory Housewife $50.00 per week Max. 26 weeks	75% Gross Wages Max. $100.00 weekly 104 weeks temporary + lifetime total & permanent 7 day deductible Contributory Housewife $100.00 per week As above	Employed Person 80% Gross Wages Max. $560.00 weekly Min. $40.00 weekly 104 weeks temporary or total 7 day deductible Contributory Housewife $560.00 per week Max. 26 weeks
Death Benefits								
Death within 3 months after accident Married Male Age Limits 10-59 $5000 60-69 3000 70 + 2000 Plus $1000 each dependent child No limit Married Female Age Limit 10-59 $2500 60-69 1500 70 + 1000 Unmarried Person with living parents Scale by age maximum $2500	Death within 3 years after accident Head of Household Age Limits None $5000 + $1,000 each dependent beyond first No limit Spouse no age limit $2500 Dependent Child $1000	Death anytime after accident Pension to dependent survivors based on Disability Income Benefits of Deceased Min. $104.46 plus $13.06 per dependent up to $156.70 weekly Dependent Child $5222.90 Without dependent $2611.45	Death within 2 years after accident Head of Household Age Limits None $10,000 Plus $1000 each dependent beyond first No limit Spouse No age limit $10,000 Dependent Child $2000	Death anytime after accident Head of Household Age Limits None $10,000 Plus $2,000 each secondary dependent Limit $10,000 Spouse No age limit $3000 Dependent Child Maximum $1000	Death within 2 years after accident Head of Household Age Limits None $7500 Plus $1500 each secondary dependent Limit $15,000 Spouse No age limit $3000 Equal division to surviving dependents Dependent Child Scale by age Maximum $1000	Death anytime after accident Head of Household $5000 plus $1000 for each dependent beyond first + 1% of Total Principal Sum for 104 weeks No Limit Spouse $5000 Dependent Child Scale by age Maximum $1500	Death anytime after accident Head of Household $5000 + $100.00 Weekly for 104 weeks Plus $1000 + $25.00 weekly for 104 weeks for each dependent beyond first No limit Spouse $2500 Dependent Child Scale by age Maximum $1500	$5000 + 1% per week for 104 weeks Death anytime after accident Head of Household Age Limits 10-64 $5000 65-69 3000 70 + 2000 Plus 20% of Principal Sum for each dependent beyond first No limit Spouse Age Limit 10-64 $2500 65-69 1500 70 + 1000 Dependent Child Scale by age Maximum $1500
Dismemberment Benefits								
Schedule based on 50–100% of Principal Sum	Not included. Becomes part of other recovery	Scheduled up to $26,114.44	Not included. Becomes part of other recovery	Scheduled Benefits Maximum $20,000 Deducted from death benefits	Scheduled Benefits Maximum $10,000	Not included. Becomes part of other recovery	Not included. Becomes part of other recovery	Not included. Becomes part of other recovery
Administration								
Private Insurers	Private Insurers	Government and Private Insurers	Private Insurers	Compulsory Insurance – Government Monopoly Optional and Excess – Government and Private Insurers compete		Private Insurers	Same as Manitoba and Saskatchewan	Private Insurers

Alberta, Ontario and Manitoba drivers involved in accidents in Quebec will receive from their own insurer the equivalent to the benefits available to Quebec residents from the REGIE.
Accident Benefits Coverage is compulsory except in Newfoundland, Nova Scotia and Prince Edward Island
Collision insurance is optional except in Manitoba ($200 deductible) and Saskatchewan ($350 deductible)

The amount of money paid out in no-fault auto accident benefits under these programs is not all that significant when compared with larger no-fault schemes such as hospital insurance or workers' compensation. Nonetheless, the amount in question is not trivial. In 1979 in Ontario alone, some $52.5 million was paid out in no-fault accident benefits.[23] A national extrapolation of this sum might yield something in the order of $200 million annually. The basic no-fault principle for auto injury compensation has, however, been accepted. The only question that remains is whether the limited "add-on" status of no-fault will give way to a comprehensive no-fault scheme. More on this in Chapter IV.

(iv) Unemployment Insurance Commission Sickness Benefits

The federal government has also been involved in no-fault compensation through its various social security initiatives. One important and financially extensive example is the sickness benefit that is payable under federal unemployment insurance legislation.[24] Employees that are forced to leave the work force because of illness, injury or quarantine are entitled to be compensated for lost wages (up to a stipulated weekly maximum) regardless of the cause of the illness or injury. The eligibility requirements are somewhat complex and need not trouble us here. The important point is that the scheme is universal and compulsory, and covers nearly 96 per cent of Canadians in the work force today.[25]

Benefits are calculated at 60 per cent of one's insurable earnings to a maximum of $174 weekly. These benefits are payable to eligible claimants without regard to the cause of disability and do not preclude the claimant from seeking higher sums through tort litigation where such is appropriate or worthwhile.

In 1978-79, UIC sickness benefits were paid out to some 150 000 Canadians. The total financial outlay was $157.4 million.[26] Although no figures are available for the sickness benefits component, the overall administrative cost of the federal unemployment insurance scheme is about 6 per cent of total benefits paid.[27] Here again, a comparison with the tort litigation system in Chapter V will prove interesting.

(v) Canada/Quebec Pension Plan Disability Benefits

One of the major federal initiatives of the 1960s was the introduction of the Canada Pension Plan in 1965, along with its Quebec counterpart, the Quebec Pension Plan, providing retirement, disability and survivors' pensions and lump-sum death benefits within one social insurance package. The CPP, and in Quebec the QPP, operate together to provide all working Canadians with a federally sponsored, contributory pension plan with certain supplementary benefits. It is the disability benefit that concerns us here.

In order to qualify for a C/QPP disability pension, one has to

be under the age of 65. One also has to have made certain minimum contributions to the plan. If these two prerequisites are satisfied and if the claimant is adjudged disabled within the meaning of the Canada Pension Plan Act (i.e., "suffering from a severe and prolonged mental or physical disability"[28]), then a disability pension will be paid. The average monthly level of disability pensions in April 1980 was $183.57 for the CPP and $277.74 for the QPP.[29]

In April 1980, there were 81 614 persons receiving disability pensions under the CPP and 20 834 under the QPP. The total financial outlay under both the CPP and QPP was $191.6 million. Again, although there are no available figures regarding the administrative costs of the disability component, the cost of running the CPP in its entirety is about 4.3 per cent of total benefits paid.[30]

The CPP and QPP disability pension plans provide yet another example of a substantial no-fault compensation program operating in Canada today.

(vi) Other No-Fault Compensation Schemes

The five major provincial and federal no-fault schemes currently in force in Canada today have been listed and described above. There are, of course, several others that are not as substantial or as comprehensive. They deserve mention, nonetheless, so that a more complete picture of accident loss reparation can be attained.

The first of these is the Veterans' Disability Pension. This benefit is payable under federal legislation[31] to war veterans who died or were disabled as a result of injuries incurred during military service. The level of compensation payable is determined by the degree of disability suffered by the claimant. Monthly pensions are CPI-indexed and range from $556.62 per month for a disabled single pensioner to $695.78 per month for a married couple. These are 1977 figures.[32]

In the 1977-78 fiscal year, a total of $403.3 million in disability pensions was paid out to 110 000 veterans and their dependents. In addition, some $216 million in "veterans' allowances" (a program of income supplementation based on need) was also distributed.

A second example of a peripheral no-fault loss reparation scheme is the provincially administered criminal injuries compensation program. Most provinces have established programs to compensate victims of crime. Benefits are payable to the victim (and in cases of death to the dependents of the deceased) to compensate for out-of-pocket expenses, lost income and pain and suffering. These plans are understandably modest both in their scope and in their financial outlay. In Ontario, for example, in fiscal 1978-79, a total of $1.4 million in criminal injury compensation was paid out to 713 eligible applicants.[33]

This completes the survey of government no-fault accident compensation. Although there may well be other less known examples of state-run no-fault at either the federal or provincial levels, the social insurance programs described above are socially and financially the most extensive. In sum, they total a no-fault compensation outlay of $5 billion annually.[34]

2. Fragments of Fault and No-Fault: A "Three-Level Hodgepodge"

This survey of hospital insurance, workers' compensation, provincial automobile accident benefits, UIC sickness benefits, CPP and QPP disability pensions, veterans' benefits and criminal injuries compensation makes one basic point: product injury and accident compensation in Canada today is handled primarily through a complicated array of government-run no-fault loss reparation programs. The extent to which an injured Canadian is eligible to receive these benefits depends upon a variety of often fortuitous factors, the most conspicuous being place of injury. A work-related product injury or an automobile accident may allow the victim the advantages of one or more of these no-fault compensation plans. An accident in the home, however, or an injury to a non-earner, may preclude the availability of all but the most minimal of compensation. To obtain anything more than hospital or medical expenses, the non-work, non-auto product injury victim has to turn to tort litigation.

One leading Canadian commentator has described the existing patchwork of no-fault and fault (tort) as a "three-level" compensation structure that, on balance, works quite well:

> What we have erected in Canada as I see it is a three-level system. At the bottom is medical and hospital insurance available for everyone, as well as general welfare benefits, the amount of which may not be very generous but the benefits are available to anyone who needs them, no matter what the reason. At the second level there are some specialized schemes, such as workers' compensation, which is unquestionably a magnificent structure....That is the second level: a patchwork of [various] individualized schemes which do not provide total compensation....[And] at the top, the third level, is the tort system, which is available, admittedly, to a very few fortunate people....if a person has tort rights, and if there is insurance, and if he has a good lawyer, he would be treated very well indeed.[35]

Others, however, are less charitable in their assessment of this "three-level" structure. According to Professor Terry Ison, a longtime critic of tort and an advocate of a more rationalized system of accident compensation, our current, fractionated approach to personal injury compensation is chaotic and costly:

> The need of most people for income continuity is obvious. Yet to deal with the interruption or termination of earning capacity, there does not now exist any comprehensive system. Instead there is a patchwork of systems most of which developed independently, and which remain largely uncoordinated. Thus there is the Canada Pension Plan (which includes retirement, death and disability benefits), Unemployment Insurance (which includes both unemployment and sickness benefits), retirement pension plans organized by employers or other institutions (and which often include disability and death benefits), workers' compensation, sick pay plans, various group and individual policies of personal accident and sickness insurance, compensation for the victims of crime, the accident benefits under automobile insurance policies, life insurance, veterans benefits, tort liability, welfare, and charitable relief.
>
> These systems are not integrated to form a coherent whole, nor does the growth and development of this disparate array of systems reflect any coherent policy. The overall result includes a wasteful duplication of administrative structures, the despair of aggrieved people who sometimes find themselves dealing with several agencies in succession when one would be enough, wasteful over-insurance in some cases, and tragic under-insurance in others.[36]

The points made by Ison are valid. We have seen from the brief survey of government no-fault programs that the current approach to personal injury in Canada is extensive (nearly $5 billion in compensation payments every year) but uncoordinated. The federal and provincial plans have no rational interrelationship. The scope of coverage, the eligibility for coverage and the extent of coverage vary quite haphazardly from program to program. The result is indeed a bewildering patchwork, a "crazy quilt" of fault and no-fault schemes that can only confuse and confound injured Canadians. And worse, the overlap and incongruency has to result in a wasteful duplication of administrative structures. An observation contained in the Saskatchewan Report of the Sickness and Accident Insurance Committee is particularly appropriate:

> It must be an extremely affluent society which can afford the proliferation of separate plans; it is a somewhat callous society which allows individuals to suffer in the midst of this affluence.[37]

3. The Real Issue: Integration or Continuing Fragmentation?

Once the products liability debate is put into context and the full dimensions of the current Canadian accident compensation network are recognized, then the real issue readily becomes apparent: not "strict liability," but overall institutional design. Do we continue on

with the existing and expensive patchwork of fault and no-fault in personal injury compensation or do we try to rationalize our current approaches to accident compensation? Do we continue on with our "three-level" hodgepodge or do we try to achieve some sort of consolidation and integration? Should we continue to deal with workplace or auto-related injuries in one way and with home accidents in another? Or are these distinctions arbitrary and inherently unjustifiable? Has the time come to recognize and acknowledge the need for responsible and rational law reform?

Even Professor (now Mr. Justice) Linden, long an advocate of our "mixed" system and of "peaceful coexistence,"[38] has acknowledged the necessity for serious review and rationalization:

> I must say that we are at the stage in Canada that the leap to a social insurance solution may not be that great a leap at all. We have already covered most of the losses with the various non-tort schemes. Talk about the mess of tort law, the mess of non-tort law in Canada is far worse. Talk about a hodge-podge. Talk about inconsistency and irrationality. We have four or five different schemes. If the victim is a veteran, he gets certain benefits; if he is a worker he gets other benefits; if he is a victim of crime he gets something else; if he is a no-fault auto claimant he gets something else. Those schemes cry out for integration, for solidification, or rationalization, and that will come, I am confident.[39]

Professor Ehrenzweig has also added his voice to the growing concern that piecemeal law reform give way to intelligent integration:

> Nearly everywhere in the world the law has remained silent to the important questions and has only added patchwork to patchwork on a garment that it should long have shed.[40]

The concern here is not to make a case for no-fault accident compensation. The dimensions of this particular issue are immense and are explored in some detail later in Chapter VII. The concern here is more limited. It is hoped that the reader will recognize the <u>full</u> context of the products liability debate to appreciate the extent to which government first-party no-fault injury compensation plans already dominate the Canadian system of accident loss reparation, acknowledge the limited relevance of the tort litigation fragment and thus of the strict liability debate, and understand that, notwithstanding the recent "law reform" pronouncements, the <u>real</u> issue is not strict liability at all but overall institutional design. We cannot continue to ignore $5 billion worth of first-party no-fault schemes that continue to affect injured and disabled Canadians more profoundly and more extensively than the tort litigation mechanism. We have to acknowledge these no-fault realities in charting a course of responsible law reform that either abolishes as unjustifiable all such government compensation schemes or attempts a rational integration.

One important consideration that will have to be addressed and understood is the extent to which social insurance is already a part of our political fabric. The present dimensions, as well as the future directions, of this modern-day phenomenon called social insurance should be examined. The products liability debate and, in particular, the debate about universal accident compensation could then be carried on in an appropriate context.

Notes

1. Henderson (1976) at 412.

2. Andreopoulos (1975) at 11-14.

3. R.S.C. 1970, c. H-8.

4. Soderstrom (1978) at 127-31 and Andreopoulos (1975) at 14-15.

5. R.S.C. 1970, c. M-8.

6. Andreopoulos (1975) at 15-22 and Soderstrom (1978) at 127. Also see generally Shillington (1972).

7. See generally Ontario Select Committee on Health Care Financing and Costs (1978) and Soderstrom (1978) at 134-39. Also see the recent Hall Report on provincial health insurance. For a media preview and an assessment of the Hall Report, see "Restrict MDs' Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told," Globe and Mail (Sept. 4, 1980) at 1.

8. Guest (1980) at 39.

9. This is the language of the Ontario Workmen's Compensation Act, but a similar criterion exists in all of the provincial statutes.

10. See the provincial comparisons in Wyatt (1978) at 311-32.

11. Ontario Workmen's Compensation Board (1979b).

12. Id.

13. Id.

14. Ontario Workmen's Compensation Board (1978a) at 5.

15. McInnes (1974) at 43-44.

16. A national extrapolation of the Ontario figure ($400 million multiplied by a factor of 4).

17. Steinecke (1980b) at 15.

18. These developments are traced in Linden (1972) and (1969d). See also Atkey (1966), Linden (1966-67), Conard (1964), Conard and Ethan (1966).

19. Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, as amended.

20. Wright and Linden (1980) at 15-26.

21. Id., at 15-27.

22. Insurance Bureau of Canada (1979) at 24-25.

23. Insurance Bureau of Canada (1980) at 158. Also see Steinecke (1980) at n. 61.

24. Unemployment Insurance Act, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended by S.C. 1974-75, cc. 66 and 80. See generally Issalys and Watkins (1977).

25. Issalys and Watkins (1977) at 10.

26. Employment and Immigration Canada (1979) at 28, 56 and 59.

27. Id., at 58 and 62.

28. Canadian Council on Social Development (1977) at 306-07.

29. Health and Welfare Canada (1980) at 7-9.

30. Id.

31. Pensions Act, R.S.C. 1970, c. P-7, as amended.

32. Veteran Affairs Canada (1979) at 42 and 67.

33. Criminal Injuries Compensation Board (1979) at 7.

34. With appropriate extrapolations one can determine the following national approximations:

Workers' compensation:	$1.6	billion
Provincial health insurance:	1.6	"
Automobile no-fault add-on:	.2	"
UIC sickness benefits:	.157	"
CPP and QPP benefits:	.2	"
Veterans' benefits:	.4	"
Criminal injuries compensation:	.4	"
Total	$4.5	billion

If one adds a 10 per cent operating cost figure, then the overall total is approximately $5 billion.

35. Linden, in Symposium (Calgary) (1970) at 152-53.

36. Ison (1977a) at 427.

37. Saskatchewan Department of Labour (1976) at 39.

38. Linden (1966b).

39. Linden, in Symposium (Calgary) (1979) at 156.

40. Ehrenzweig (1977) at 112.

Chapter IV

PRODUCT INJURY AND SOCIAL INSURANCE: TRENDS AND PROGNOSIS

1. The Social Insurance Phenomenon

One hundred years ago the idea of a state-run accident insurance program was still only a theoretical possibility. In 1880, Oliver Wendell Holmes, Jr. considered this possibility in the course of writing The Common Law. "The state," he said, "might conceivably make itself a mutual insurance company against accidents and distribute the burden of its citizens' mishaps among all its members."[1] To no one's surprise, Holmes then went on to suggest that a social insurance alternative to accident compensation was not particularly desirable:

> State interference is an evil where it cannot be shown to be a good. Universal insurance if desired can be better and more cheaply accomplished by private enterprise.[2]

This somewhat naive and simpleminded assessment of the social insurance alternative proved to be short-lived. By 1915, most of the legislators in North America were beginning to realize that in fact the contrary was true: in some areas of product injury (such as, for example, industrial accidents) a state-run accident insurance scheme was both better and cheaper than relying on private enterprise. With the enactment of workers' compensation, and the subsequent verifiability of its overall cost-effectiveness, the potential of social insurance began to be appreciated and accepted. In the years following and particularly in the last three decades, federal and provincial legislators have used a social insurance approach in dealing with major societal concerns: hospital and medical care expenses; income loss due to illness, injury or disability; veterans' benefits; and criminal injury compensation. Today our reliance on and acceptance of social insurance as an accident loss reparation mechanism is such that, as Professor Linden noted earlier, the "leap" to universal accident compensation "may not be that great a leap at all."[3]

One hundred years after Mr. Justice Holmes denounced social insurance as costly and unworkable, a very different assessment is emerging. Although the "cradle to grave" social security system of some Scandinavian countries has not been adopted in Canada, one thing remains clear. The pockets of social insurance that have been enacted and implemented are here to stay. Provincial health insurance, for example, or workers' compensation are firmly rooted in place. To be sure, neither program is yet working perfectly. Both schemes are attracting considerable criticism and controversy.[4] Problems of design, coverage, benefit levels and overall administration persist. The years ahead will undoubtedly see numerous studies and reviews, perhaps resulting in major modifications.[5] But the fundamental validity of the social insurance

approach has not been doubted. No one in the current debate about workers' compensation, for example, would seriously suggest that we should scrap the entire system and return to tort. Even the severest critics of workers' compensation or provincial health insurance speak in terms of improvement, not eradication. As social insurance programs, they're here to stay.

2. International Trends

One has to be careful not to read too much into recent international developments in the area of product injury compensation and social insurance. Several developments, however, deserve attention.

The most significant, of course, is in New Zealand, where a state-run no-fault accident compensation scheme has been operating since 1974. In place of the traditional tort action for personal injury, there is now an administrative compensation scheme that pays benefits to anyone (earners and non-earners alike) who suffers "personal injury by accident."[6] The New Zealand experiment was referred to earlier and will be considered in more detail below in Chapter VII.

In neighbouring Australia an even more substantial development appears imminent. In 1974, a National Committee of Inquiry issued a report entitled Compensation and Rehabilitation in Australia.[7] It recommended a social insurance approach to not only accidental injury but to all disability, including sickness and disease. Here is how the scheme would work:

> It is proposed that the tort action be abolished. In its place a scheme will be established to compensate, without regard to fault, all economic losses resulting from physical and mental incapacities, whether caused by sudden injury, medical misadventure, congenital defect and eventually, sickness. Minor injuries, short-term illnesses and non-work-related diseases such as heart conditions and cancer, however, would be excluded from the plan. The five guiding principles of community responsibility, comprehensive entitlement, complete rehabilitation, real compensation and administrative efficiency underlie the proposal.
>
> The economic losses covered would include lost income, rehabilitation services, travelling allowances, prosthetic devices and other similar expenses. For lost income the insured receives weekly benefits equal to a percentage of his taxable weekly earnings to a maximum of $500 per week. The benefits are then taxed as income. Notional weekly earnings of $50 per week are attributed to non-earners or persons earning less than that sum. An assessment may be made, where necessary, for lost potential earnings. Health benefits are to be provided through the existing medical care scheme and a new plan

to be set up in conjunction with the scheme.

A person who is totally incapacitated on either a temporary or a permanent basis receives 85 per cent of his lost income for the duration of the incapacity. Permanent partial disabilities are compensated according to the seriousness of the disability by calculating a percentage of the amount that would be available to the individual if he was totally disabled. Such a calculation is made by using the median method through which a notional and average figure of earnings is substituted for the individual's actual earnings, so that the income base is raised for lower earners. The degree of impairment is determined by a medical assessor using a guide issued under the plan. Impairments of less than 10 per cent are not compensated. No general damages would be paid, except where significant cosmetic impairment is suffered, a lump sum of up to $10 000 is payable.

In the case of a temporary partial incapacity which forces an individual to take a lower paying job for a period of time, a convalescent allowance is payable which increases the wages received to the amount normally received as weekly earnings. Such compensation is limited to a maximum amount of 50 per cent of the individual's normal average earnings and is payable for no more than 26 weeks.

In the case of injury, there is a seven-day waiting period before compensation begins. The waiting period in the case of sickness is 21 days (with some exceptions). Payments are periodic and may be adjusted for inflation according to changes in the Consumer Price Index. There is discretion to commute the benefits to a lump sum if this appears to be in the best interests of the individual.

Widows may only receive full death benefits on the death of their husbands if they are continuing to maintain the family home for dependent children, caring for aged or infirm relatives, or over the age of 55 when widowed or unable to engage in suitable gainful work because of general background or length of marriage. A widow who is entitled under the plan receives a lump sum of $1 000 plus periodic payments equal to 60 per cent of the amount her husband would have received had he been totally incapacitated. For the purposes of this calculation the minimum earnings of the deceased are set at $100 per week. If the widow remarries she receives a lump sum equal to one year's benefits. A widow who does not qualify under the plan for full benefits receives $1 000 plus 60 per cent of her husband's total incapacity benefits for 12 months or until she remarries, whichever is the earlier.

Children of a deceased are presumed to be dependent until they

stop attending school on a full-time basis or until they reach 20 years of age, whichever occurs earlier. Fifteen per cent of the amount which the deceased parent would have received for total incapacity is payable on the child's behalf. Death benefits are not subject to a waiting period. Funeral benefits may be paid at the discretion of the administrators.

With certain specified exceptions, compensation under the plan is limited to those between the ages of 18 and 65. Australians who are abroad are fully covered for a 12-month period. Visitors to Australia who are employed in the country are fully covered. Non-employed visitors are fully covered for injury but must purchase sickness coverage. Victims of criminal violence, volunteers engaged in rescue work and persons injured through recreational activity are included under the plan, as are persons injured or killed through suicide or deliberate self-injury. There is, however, no coverage available for persons injured while engaged in murder, piracy, hijacking or the wilful infliction of grievous bodily harm.

It is proposed that the plan be administered through a social welfare policy group which is part of a department of government responsible to a senior minister. Such a department is to coordinate the whole area of social welfare planning, programmes and policies.

Compensation and money benefits will be provided through a central benefits and compensation department and medical and vocational rehabilitation will be administered through a division of this department. In addition it is proposed that a National Safety Office be established to coordinate safety programmes.[8]

Although most observers believe that this far-reaching proposal is realizable,[9] it is still awaiting legislative action. Should Australia move to adopt the recommendations of its Royal Commission it will become the first country in the Western world to treat all disability, whether accident- or disease-related, with equal concern and compensation.

Law reformers in the United Kingdom have also been active. Prior to the Australian report, the Council of Justice in the United Kingdom submitted a report entitled No-Fault on the Roads to the Pearson Commission in July 1973. As the title indicates, this report urged that no-fault replace the present tort action with respect to automobile-related injuries. It recommended, further, the establishment of an administrative board or tribunal that would evaluate any intangible losses. Otherwise all persons injured in automobile accidents would be fully compensated on an earnings-related basis.

These proposals were not accepted by the Pearson Commission. In its Report on Civil Liability and Compensation for Personal Injury,[10]

released in 1978, the Pearson Commission did go part way. It recommended a no-fault compensation scheme that would be modelled on workers' compensation, with a similar level of benefits. The scheme would be government-administered and would be financed via an additional tax on gasoline. The proposed no-fault would not totally supplant tort litigation. Tort rights would largely be retained, but only for purposes of supplementation.[11] The more conservative approach of Pearson (as opposed to, say, Woodhouse in New Zealand and Australia) was also apparent in its handling of the non-work, non-auto product injury problem, discussed earlier in Chapter I.

Social insurance developments in other parts of the world have been substantially more modest. In the United States, for example, any trend towards no-fault compensation is still very much in its early stages. This is understandable. American legislators have yet to improve their workers' compensation benefits beyond poverty-line levels. And it may still be a decade or more before a national health insurance program is established. The United States, consequently, trails Canada considerably in its acceptance and utilization of social insurance mechanisms to deal with injury or disease. Their no-fault debate today is limited to automobile accident insurance. Still, the developments in this debate deserve our attention.

In the United States, debate on the issue of no-fault culminated in the late 1960s, popularized by the Robert Keeton and Jeffrey O'Connell landmark study, Basic Protection for the Traffic Victim. This interest carried over to the federal level, where the Department of Transportation was directed to conduct a two-year study that resulted in the 1971 final report, Motor Vehicle Crash Losses and Their Compensation in the United States. The principal policy recommendation resulting from this study was:

> "That the existing system of insured tort liability should be supplanted by one based on first-party, no-fault insurance and that tort lawsuits and the adversary process should be eliminated for the mass of accidents."[12]

Abolition of the liability insurance system and its replacement by a complete and integrated accident insurance plan not based on fault, was also proposed by the Insurance Commissioner of the State of New York in 1970 in a study titled Automobile Insurance...For Whose Benefit? This proposal was not enacted in its entirety but became an important document in the fault/no-fault debate.

Since 1970, when the Commonwealth of Massachusetts passed the first no-fault statute providing for a mandatory Personal Injury Protection Plan, 24 states have introduced no-fault elements into their automobile insurance requirements, while 16 states have so far legislated partial restriction on the re-

course to tort action. No-fault bills have been introduced in every state but have failed to pass in some, in light of opposition from interest groups such as the trial bar, small and medium-sized insurance companies, and state and civil rights allies....

Interest in no-fault proposals in the United States is related partly to problems with the fault concept, such as difficulty in assigning fault, particularly under the rule of contributory negligence; court congestion, specifically in large urban centres; delay in paying claims; inefficiency and high cost of the fault system; inequity and distortion in payments; and duplication of benefits. Interest in no-fault is also complicated by other automobile insurance problems in the United States, such as the problem of the uninsured motorist; insolvent companies; and arbitrary cancellation of policies, all of which aggravate the inability of many injured victims to collect compensation. Therefore no-fault features have in many states been implemented as part of a package of limited compulsory insurance, to serve more as a palliative measure, providing some indemnity to every victim, rather than as a true effort to compensate without regard to fault.

The release in June 1977 of a second Department of Transportation study which examined the experience of the 16 no-fault states over the 1971-1977 period, has renewed the no-fault debate in the U.S. This study, summarizing existing material on state plans, concluded that "no-fault works."[13] In addition, the Carter administration in the summer of 1977 indicated that it is in favour of passing a bill that will set minimum federal standards for state no-fault insurance for personal injury. A version of this bill known as the "National No-Fault Motor Vehicle Insurance Act" was passed by the United States Senate in 1974 but did not receive subsequent approval by the House of Representatives.

Similar legislation is currently before the Senate (S. 1381) and another virtually identical bill is before the U.S. Congress (H.R. 6601). This legislation requires all automobile insurers to provide no-fault accidental benefit coverage on a compulsory basis and it requires the individual states to introduce restrictions on the right to sue for damages arising out of injuries sustained in automobile accidents.

The question of mandatory legislation relative to no-fault does not appear to be a primary problem. The principal debate appears to focus upon whether states should introduce such legislation individually or whether the Federal Government should introduce overall legislation with which all states would be expected to comply.[14]

Today, 25 American states have adopted some type of no-fault scheme.[15] Some of the states, such as Arkansas, Delaware, Maryland, Oregon, South Carolina, South Dakota, Texas, Virginia and Wisconsin, have enacted automobile accident insurance plans similar to those in Canada, which do not eliminate any tort rights at all and merely "add-on" no-fault protection. Another group of state legislatures, including Colorado, Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nevada, New Jersey, New York, Pennsylvania and Utah, have enacted no-fault insurance benefits that have interfered somewhat with the right to sue. In these states various thresholds, described either by type of injury or amount of monetary loss or both, must be crossed before recourse to tort is permitted.[16] In Michigan, for example, recovery for non-economic losses such as pain and suffering is limited to cases of death, serious disability or disfigurement.[17]

The limited American experience with no-fault automobile accident benefits (administered through private insurance) has thus far been good. Only Nevada has repealed its legislation in this area.[18] The other states have found no reason to modify the 1977 conclusion of the U.S. Department of Transportation that "no-fault insurance works."[19]

These international developments in New Zealand, Australia, the United Kingdom and in the United States do not provide unequivocal endorsement of no-fault. Nor do they provide any compelling confirmation of social insurance as the superior loss reparation mechanism. But a trend, it seems, can be discerned. It is evident in the Commonwealth countries, and less so in the United States, that the trend of law reform and legislation is towards greater state intervention, often via social insurance, in order to deal more effectively and more fairly with human injury and disability.

3. Canadian Trends

These trends are even more evident in Canada. Our embrace of social insurance has been confident and, in recent years, considerable. In a remarkable study analyzing the history of social security in Canada, Professor Dennis Guest argues that a gradual but fundamental "shift" in both emphasis and outlook has taken place over the last several decades: "The most significant of all the themes has been the gradual shift from a residual, limited approach to social security, often involving discretionary means of needs-tested programs of an 'emergency' nature, to an institutional or comprehensive approach which emphasizes the right of people to receive help in a manner that is not demeaning."[20]

Professor Guest explains:

> The idea of limiting social security organizations to a role residual to those of the private market and the family has gradually given way to the view that social security organiza-

tions must be designed as a first line of defence. This approach, referred to as the institutional concept of welfare, has resulted from the growing recognition that because of the nature of social organization in an urban-industrial society, the risks to an individual's social security are part of the social costs of operating a society which has provided higher standards of living for more people than ever before in our history. This being the case, it is argued that society should not allow the costs of its progress to fall upon individuals and families, but should protect and compensate people who experience more than their fair share of the costs. Under this institutional conception of social security, the individual whose income is terminated by reason of unemployment must be protected by a public programme that maintains his income, or a reasonable portion of it, until he is re-employed. Recourse to such help, as in the case of unemployment insurance, carries no stigma. Futhermore the claimant for unemployment insurance, having fulfilled the conditions necessary to make his claim, receives his benefit as of right and not as a gratuity. Additionally, having established the fact he is experiencing the risk insured against, he is assumed to be in need, and the benefits are paid to him without the searching and often humiliating enquiry into personal circumstances which typify help under the residual concept of social security....

The institutional concept of social security organizations considers social security programmes to be the primary defence against adversity and rejects the argument that hard work, thrift, and foresight are virtues likely to be found wanting in the poor and dependent. It dispenses with moralizing about the shortcomings of the person in need and delineates instead clearly defined social responsibilities for the universal risks to human welfare which characterize life in an industrial society. In effect, this view represents an extension of the concept of responsibility urged by proponents of the residual role from family to community. The duty incumbent upon families to care for their own is not denied. Indeed, proponents of social security will argue that such programmes strengthen and support families in meeting their obligations. But there is a duty on the part of a civilized society to see that the costs and benefits of industrial progress are shared by all and that the protection of the most vulnerable members of the community -- the aged, children, the disabled, workers who have been made redundant by rapid social change -- are first priorities in policy and programming. Opponents of this approach have argued that shielding the individual from the exigencies of life saps independence and results in continuing and growing demands for support from the state. Thus, the welfare state is linked by some with an increase in dependency and, eventually, a weakening of the economy.

> The conflict over an institutional as opposed to a residual role for social security programmes has been a significant and recurring theme in the history of Canadian social security. The forces supporting a residual role were most influential in the years prior to 1940, but the shift to the institutional role was unmistakable at the close of World War Two.[21]

In the years following the end of World War II and particularly in the 1960s and 1970s, federal and provincial social insurance programs, reflecting this "institutional" imperative, continued to expand. Table 2 shows the extent to which government social security spending has increased in the last three decades. When workers' compensation was first established in 1915, provincial expenditures on health and welfare totalled a mere $4.3 million. The federal total was even less: barely $2.7 million. Fifty-seven years later, by 1972, provincial spending was nearly $5 billion and federal expenditures totalled more than $6.5 billion. The intervening years had seen both levels of government implement major social security initiatives in areas such as health care, unemployment insurance and old-age pensions.

The increase in government expenditures on social security as a percentage of our gross national product and of our national income in the years 1963 to 1972 is shown in Table 3. Even at these rates, though, Canada is well below the average among leading Western democratic nations in terms of GNP percentages. Table 4 places Canada only slightly ahead of Australia and the United States and well behind Austria, West Germany and the United Kingdom.

The point of this brief overview of Canadian social security experience is twofold: first, to demonstrate the extent to which federal, provincial and municipal levels of government have employed and expanded the social insurance phenomenon; second, to remind us that social insurance is very much a worldwide phenomenon that is growing, not declining, in size and significance.

Although the trend in Canadian social security will undoubtedly continue with increasingly larger proportions of our GNP going to the financing of various social insurance programs,[22] there is in this pattern no guarantee of rationality. Our legislative history in the social security area has been one of ad hoc incrementalism. Nowhere is this more apparent than in the development of social insurance programs dealing with personal injury or disability compensation.

Our approach in this area has been, to say the least, fragmented. Even the most extensive loss reparation initiative, workers' compensation, was conscientiously confined to work-related accidents. Product injuries suffered by the same person elsewhere -- in the automobile or at home -- were considered to be somehow differentiable. The illogic of these distinctions was recognized even in 1913. One astute American commentator made this observation:

> If this statutory rule as to workmen is extrinsically just or expedient, is there sufficient reason for refusing to make

Table 2

Total Expenditures on Health and Social Welfare by Level of Government, Selected Fiscal Years, 1913 to 1972

Fiscal year	Federal	Provincial	Municipal	Total
		(millions of dollars)		
1913	2.7	4.3	8.2	15.2
1920-21	58.6	22.8	18.8	100.2
1926-27	49.7	28.6	20.7	99.0
1930-31	73.0	52.2	31.5	156.8
1933-34	97.5	75.9	57.1	230.5
1937-38	127.4	127.8	54.4	309.6
1938-39	132.3	123.2	51.6	307.1
1939-40	154.1	114.3	48.9	317.2
1940-41	124.2	87.3	43.6	255.1
1942-43	102.7	89.0	38.3	230.0
1945-46	410.6	120.5	42.6	573.8
1947-48	569.5	179.3	44.8	793.5
1949-50	738.8	274.9	47.4	1 061.1
1951-52	843.0	327.6	59.6	1 230.2
1953-54	1 208.8	386.4	78.4	1 673.7
1955-56	1 346.9	463.3	97.1	1 907.3
1957-58	1 755.1	572.1	112.6	2 439.8
1960-61	2 362.1	885.7	109.0	3 356.8
1962-63	2 683.5	1 097.7	117.3	3 898.5
1964-65	2 969.7	1 376.1	108.2	4 454.0
1966-67	3 243.1	2 017.7	130.0	5 390.8
1968-69	4 450.0	2 725.0	145.0	7 320.0
1970	5 057.5	3 301.0	189.7	8 548.2
1971	5 962.5	4 017.2	213.5	10 193.3
1972	6 572.6	4 472.0	245.0	11 289.6

Source: Guest (1980) at 173.

Table 3

Government Expenditure on Social Security as a Percentage of Gross National Product and National Income, Canada, Fiscal Years 1963-64 to 1971-72, Inclusive

Fiscal year	Gross national product	National income	Government expenditure on social security		
	(millions of dollars)		Amount	% of GNP	% of NI
1963-64	44 358	33 458	4 069	9.2	12.2
1964-65	48 364	36 106	4 454	9.2	12.3
1965-66	53 636	40 015	4 727	8.8	11.8
1966-67	59 265	44 130	5 391	9.09	12.2
1967-68	66 799	50 088	6 445	9.6	12.9
1968-69	73 225	55 548	7 370	10.1	13.3
1969-70	81 285	61 653	8 548*	10.5	13.9
1970-71	86 871	65 141	10 193	11.7	15.6
1971-72	96 015	72 730	11 290	11.8	15.5

Source: Health and Welfare Canada (1974), Table B, at 71.

* Includes estimated data.

> this statutory rule the test of the right of recovery on the part of persons other than workmen when they suffer hurt without the fault of either party?...If justice to workmen requires such an enactment, then justice to certain persons other than workmen must also require similar legislation for their benefit -- in other words that the benefit of legislation on this basic principle cannot justly be confined to workmen.[23]

Nonetheless we have continued to develop additional loss reparation schemes, seemingly oblivious to the inconsistencies that flow from arbitrarily focusing on one particular group of injured persons. Thus the modified no-fault "add-on" approach (discussed earlier) in auto-

Table 4

Expenditure on Public Social Security Schemes
as a Percentage of Cross National Product

Austria	18.5
West Germany	17.4
Netherlands	16.7
Denmark	13.2
United Kingdom	12.6
New Zealand	11.8
Ireland	10.2
Canada	9.6
Australia	8.2
United States	7.2

Source: Armitage (1975) at 6.

mobile accident reparation. Tort has been virtually abolished for workplace injuries but is retained for automobile injuries. Professor Harry Glasbeek echoes the concern of many contemporary commentators in this area when he says: "It is hard to perceive the logic of this kind of arrangement unless it is in terms of a tacit admission of intellectual bankruptcy by the proponents of the fault doctrine."[24]

The extent and the injustice of our fragmented approach to personal injury compensation is, however, slowly being recognized. The last years have seen several important proposals for rationalization. In 1973, the Ontario Law Reform Commission released a report that examined the tort system and its adequacy as a method of compensating motor vehicle accident victims. It recommended that "an integrated, more appropriate and more efficient system should...replace the tort action."[25] Similar recommendations urging the adoption of no-fault for all bodily injury and disability have been made in recent years by the following government task forces and law reform commissions:

> The Committee of Inquiry on Automobile Insurance, appointed by the Government of Quebec, Chairman J.L. Gauvin, report submitted March 1974.
>
> The Sickness and Accident Insurance Committee, appointed by the Government of Saskatchewan, Chairman Judge A. Pope, report submitted September 1976.

The Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents, appointed by the Government of Saskatchewan, Chairman Roger Carter, Q.C., report submitted December 1976.

A Government White Paper on Accident and Sickness Compensation, Government of Manitoba, submitted May 1977.

In 1978, in a major study of automobile accident insurance, the Ontario Select Committee on Company Law also urged the immediate adoption of comprehensive no-fault for automobile injury. The intensity of the Select Committee's conclusions merit our attention:

> The Committee has considered carefully the arguments that have been put forward with regard to no-fault compensation systems and it has examined the experience that other jurisdictions have had with them. It has also reviewed the reports received from its consultants and has studied other material, such as the 1973 Report of the Ontario Law Reform Commission on Motor Vehicle Accident Compensation.
>
> The Committee has reached certain conclusions with regard to no-fault compensation systems and they are as follows:
>
> 1. In formulating its conclusions, the Committee began by addressing the basic issue: whether fault should continue to be the fundamental factor to be considered in determining whether compensation should be paid for motor accident losses. The Committee is particularly impressed with the capacity of no-fault systems to compensate all victims, regardless of fault, rather than paying only the relatively innocent. It is also impressed with the capacity of no-fault systems to reduce adjusting and settlement costs by minimizing fault investigation, so that a significantly larger portion of the premium dollar will be returned to the public in claims payments. The Committee accordingly recommends that "fault" should no longer be the fundamental factor to be considered in determining whether compensation should be paid for motor accident losses.
>
> 2. Having reached its conclusion in favour of the general no-fault principle, the Committee then considered the more specific area of compensation for bodily injury. It observed that the advantages of no-fault were even more compelling in this area than in any other. The Committee has therefore concluded that Ontario should establish a full no-fault programme of bodily injury compensation for economic loss and that the new programme should supersede the present Accident Benefits coverage.[26]

One Canadian province has already moved to adopt a no-fault scheme for auto accident victims. In Quebec, as of March 1, 1978, all

bodily injury claims arising out of motor vehicle accidents are the exclusive jurisdiction of the Régie de l'assurance-automobile du Québec.[27] This public agency administers the no-fault reparation plan for bodily injuries only. Property-related claims are still within the purview of private insurance.

The Quebec initiative in "pure" no-fault for bodily injury is unique in North America. Whether other Canadian provinces follow their lead remains to be seen. Still, a consensus is emerging. The recent law reform proposals, and particularly those of the influential Ontario Select Committee on Company Law, may soon find legislative acceptance and implementation.

4. The Shifting Focus: Victim Compensation

> Ever since the Industrial Revolution with its risks for the public as a "bystander" there have been legislative, judicial, administrative and scholarly efforts to adopt an entrepreneur's "wrong" into a means for compensating his victim for an impairment of his "right."[28]

The various law reform initiatives and, on occasion, legislative ventures discussed above are simply a reflection of a shifting social emphasis. The focus today, and in recent years, has been increasingly on the victim and the need for equitable and effective compensation for injury or disability. The concern for victim compensation has been nowhere more evident than in the courts, and particularly those in the United States. The American "products liability revolution" and the ultimate formulation of a strict supplier liability rule for defective products was very much a judicially engineered phenomenon. The elimination of the privity barrier, the extension of the implied warranty, the inclusion of "users" and "bystanders," the rationalization of supplier liability on the basis of a neat, new tort theory called strict liability -- these hallmarks of the American judicial products liability revolution are well-known and will not be rehearsed here.[29]

The basic idea behind these doctrinal developments was not all that mysterious. Losses from defective products were not to devastate random victims. Rather, they would be spread over the consuming public who benefit from the various production techniques that dominate the modern consumer marketplace.

> Thus the courts by using the ready-made loss distribution system of the business marketplace were able to accomplish with products liability what had to wait for legislative action in the area of industrial and automobile accidents. Although reached by different lawmaking instruments, the common goal was to provide loss distribution for accidents.[30]

This judicial concern about compensation rather than conduct is consistent with the steady growth of social responsibility thinking in other areas of social welfare reform. And, as Professor Friedmann observed, the steady growth of the principle of social responsibility for injuries "is not due to any cynical abandonment of the principle of individual responsibility, but to the extent to which millions of individuals find themselves exposed to accidents arising in factories, on the roads, in airplanes or through the threat of unemployment."[31] This notion of collective or community responsibility underlies many of the current proposals for universal accident compensation.

The Woodhouse Committee:

> In the national interest and as a matter of national obligation, the community must protect all employees and the housewives who sustain them from the burden of sudden individual losses when their ability to contribute to the general welfare by their work has been interrupted by physical incapacity.[32]

Professors Glasbeek and Hasson:

> If the wealth of society is seen as a total value of all its assets, it follows that each time there is a diminution of those assets, society suffers a loss. If human beings are seen as assets of society, because from the point of view of society they are producing entities, injury to a human being must be characterized as a loss to society. And if an injury suffered by an individual is in fact a loss to society it would appear appropriate that society should bear the loss as a collective body.[33]

Professor Englard:

> The response of modern American scholarship to the crisis in tort law consists of an extraordinary effort to fashion an improved general theory of liability. These attempts are doomed to failure because in all their present forms they constitute a desperate scholarly rearguard action to preserve a traditional system of individualism in a changing world. In Calabresi's and Posner's work the individualistic trait finds expression in its economic form, namely in the idea of free-market deterrence. In Epstein's and Fletcher's analysis classical individualism is articulated by a strict adherence to the conception of corrective justice. Yet the universal trends in accident law point in another direction: ideas of distributive justice have become dominant in a more and more collectivist society.
>
> In the area of personal injury one may expect a gradual growth of social insurance. This tendency is certainly not the result of purely economic considerations aiming at secondary ac-

> cident-cost reduction. It is the outcome of a growing awareness of the individual's claim to be compensated by society for his misfortunes.[34]

Professor Ison:

> With the development of particular compensation schemes, the passing of social security legislation and the acceptance by government of a more active role, it is no longer compelling that personal injury compensation should be treated as an issue of rights and liability between two parties.[35]

Professor Henderson:

> People should be compensated for disability as a matter of right and not as a matter of grace.[36]

This pronounced trend towards social responsibility and victim compensation can be explained (as has been done above) by reference to a changing sense of community responsibility and community conscience. It can also be explained less emotionally in terms of dollars and cents. A very real rationale for the social security and social insurance trends in today's society may be purely financial: social insurance is simply cheaper. This point will be emphasized again in Chapter VIII but a brief mention is appropriate here. The Pearson Commission, for example, discovered that the abolition of tort litigation for personal injuries and the implementation of a comprehensive first-party no-fault accident compensation scheme would result in a net saving of £84 million a year![37]

Whether the concern for victim compensation reflects a growing sophistication in social responsibility or is merely a financial imperative, the evolution towards first-party no-fault depends very much on societal affluence. According to Professor Henderson, there is a very real correlation between increasing societal wealth and the evolution towards first-party no-fault.

> As a society develops economically so that many of its members are secure in their basic needs and a great number enjoy a relatively high standard of living, losses from accidents appear more fortuitous. The desire to distribute these losses over large numbers to mitigate their impact not only arises, but becomes possible because of the available marginal wealth. Affluence not only fired the quest for security but provides the means to achieve it. People have the dollars to put into a fund with others similarly situated so that the risk of catastrophic or even less disrupting loss can be diminished. Fortuitous losses are viewed as being unfair not only to the individual but to the society as well....No real crisis plagues the accident-loss reparation system. Rather the system is transforming into a new state. Because of

> wealth, society now can distribute most fortuitous, tangible loss through insurance.[38]

Finally, Henderson reminds us that "the move from a third-party liability insurance system to a first-party loss insurance system is but a small step once the victim becomes the primary concern."[39] This echoes Professor Linden's observation that in Canada today the leap to universal accident compensation "would not be that great a leap at all."[40]

5. The Inevitability of Universal Accident Compensation?

Is universal accident compensation inevitable? Is it only a matter of time before these trends are recognized and rationalized? Will Canada have universal accident compensation in each of its ten provinces by the end of this decade? Will our three-level "hodgepodge" approach to personal injury and disability finally be integrated into a more manageable and more effective loss reparation system? According to the trends described and discussed above, the prognosis seems plain: logic, rationality, and social and financial responsibility demand integration and the implementation of one comprehensive accident compensation plan. The inevitability of no-fault seems to be apparent to most commentators.

Professor Bruce Dunlop:

> The tort action will not be abolished until ultimately the cost of keeping the action will be seen as unjustified. The tort action will die hard but it will die.[41]

Professor Jeffrey O'Connell:

> It is not clear by what means the fault-finding system of personal injury compensation will ultimately be displaced by no-fault insurance, whether by first-party or third-party elective no-fault; by a combination of the two; by sweeping reforms of the New Zealand variety; or by some other compromise system. What ought to be clear, however, is that the present system of lawyers' fault-finding gives us the worst of both worlds -- soaring premiums and scanty benefits -- and is doomed to fall. Indeed, the only surprising thing is that this outmoded way of dealing with accidents should have lasted so long into the twentieth century.[42]

Professor Stephen Waddams:

> The case for a universal accident compensation scheme is a strong one. It rests on the view that there are more efficient, rational and just methods of compensating those injured by accident than the present system of tort litigation. Once

> accident compensation is seen as a desirable social end, it is difficult to see why a distinction should be drawn between the innocent victim of an accident who is fortunate enough to find a defendant amenable to legal liability, and the accident victim who, similarly injured, cannot find anyone or any solvent person to be made liable.[43]

Mr. Roy Jamha, Chairman, Alberta Workers' Compensation Board:

> I predict that before long Canada will accept a scheme similar to that in New Zealand.[44]

Unfortunately, these prognoses continue to fall on deaf ears. The current products liability debate continues to be a debate about tort liability rules. What explains the myopic fascination, indeed obsession, with tort reform tinkering? Why do we persist in debating strict liability for the non-work, non-auto product injury when we have the data and the documentation to support bolder, more rational initiatives? There is a sort of morbid irony here. Our forefathers were able to recognize the need for workers' compensation largely on faith. Today with mountains of relevant data and sophisticated actuarial analyses all urging rationalization and integration, we move forward grudgingly. O'Connell is right. Compared to our predecessors, we are a "timid bunch" today:

> The first great area in which tort law was applied was industrial accidents, and it was fairly early in the game when many very intelligent people, and some who were not even very intelligent, saw that the thing was a disaster. Bismarck, who was not exactly a beacon of enlightened liberalism, chucked the whole process. The British Tory Party in the late 19th century, also not a collection of the brightest, quickest, most liberal gentlemen who ever lived, recognized that this was a disaster area that had to be abandoned. This took a lot of leaps of faith, because at the turn of the century in Britain, in Australia, in New Zealand, in Canada and in the United States, actuarial data to show what workers' compensation would cost was non-existent. No one had any idea what that thing would cost. It was a very real leap of faith. And it is a sign, I think, of what a timid bunch we are today, that we sit and wring our hands so at what a similar change will cost in other areas, when we have vastly more data to take the leap.[45]

In fairness, though, some justification can be offered for our timidity and the current temptation to merely "tinker" with tort. The fact is that not all of the experts in this area agree that first-party no-fault is either desirable or inevitable. Mr. Justice Allen Linden, for example, a leading and well-known Canadian torts scholar, still believes profoundly in the value and the validity of our three-level system of "peaceful co-existence."[46] At a recent symposium on personal in-

jury compensation he said this:

> Despite its deficiencies...in the last analysis our three-level system, which includes tort law, is a pretty good one; indeed it is one of the best in the world.[47]

When a leading torts scholar who has studied the problem of accidental injury over a lifetime of research and thought recommends the continuation of a loss reparation system that is to most observers a hodgepodge of costly and chaotic fault and no-fault fragments, one has to pause. Could it be that this claim for the continuing value of tort litigation is based on data or evidence that was not available to other researchers? If so, what is the evidence? Does Linden support the retention of tort for personal injury litigation because of its compensation advantages? Or because tort has served as an effective deterrence mechanism? Or is there, on the evidence, some other rationale for retaining tort?

The time has come to examine the evidence for and against. A great many studies have been completed and are now available for the interested and objective researcher. What in fact do we know today about the value or viability of retaining the tort mechanism for product injury? The next two chapters examine the data in detail.

Notes

1. Holmes (1881) at 96.

2. Id.

3. Linden, in Symposium (Calgary) (1979) at 156.

4. See, for example, "Compensation: A Widow Learns the Bitter Truth," Globe and Mail (June 6, 1980) at 3, and "Workers' Compensation Board under Fire," Toronto Star (Aug. 16, 1980) at B-5. Provincial health insurance has also been the subject of considerable controversy. See infra, note 5; note 3, Chapter IX.

5. In Ontario, for example, Professor Paul Weiler has been commissioned to undertake a major review of the Workmen's Compensation Board. Mr. Justice Emmett Hall's study of provincial health insurance has now been released and is under consideration. See "Restrict MDs' Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told," Globe and Mail (Sept. 4, 1980) at 1.

6. 1972, Sched. 2, as amended by the Accident Compensation Act (No. 2) 1973, s. 4(c).

7. Australia (1974).

8. Wright and Linden (1980) at 15-47 to 15-48.

9. See, for example, the views of the Ontario Select Committee on Company Law (1978) at 342.

10. Supra, note 50, Chapter I.

11. These proposals are considered in detail in Allen, Bourn and Holyoak (1979). Also see Fleming (1979), Weir (1978), Ogus, Corfield and Harris (1978).

12. U.S. Dept. of Transportation (1971).

13. U.S. Dept. of Transportation (1977).

14. Ontario Select Committee on Company Law (1978) at 339-42.

15. For a recent compilation see Note (1977). Also see O'Connell, (1977b) and (1979) at 157-75.

16. Wright and Linden (1980) at 15-33. Also see O'Connell (1979) at 157-75.

17. Mich. Stat. Ann. s. 24-13135 (1979). Discussed in O'Connell (1979) at 157 et seq.

18. Epstein (1980b) at 769-70.

19. U.S. Dept. of Transportation (1977). "In states that have passed reasonably good laws such as Minnesota and especially Michigan, the success of no-fault has been so striking that it ought to be only a question of time for it to be universally accepted. O'Connell, in Symposium (Calgary) (1979) at 144.

20. Guest (1980) at 203.

21. Id., at 2-3.

22. See, for example, "MPs Cheer Increase in War Pensions," Globe and Mail (July 10, 1980) at 9.

23. Smith (1913) at 251 and 367.

24. Glasbeek and Hasson (1977) at 419-20.

25. Ontario Law Reform Commission (1973) at 107.

26. Ontario Select Committee on Company Law (1978) at 63.

27. Described in Wright and Linden (1980) at 15-40 to 15-41. And see Government of Quebec (1979).

28. Ehrenzweig (1977) at 110.

29. For a detailed description of the American products liability "revolution" see the literature supra, note 25 and note 5, Chapter I. Also see Prosser (1966) and McKean (1970b).

30. Henderson (1976) at 415.

31. Friedmann (1970) at 163.

32. Quoted in Palmer (1973) at 32.

33. Glasbeek and Hasson (1977) at 397.

34. Englard (1980) at 68.

35. Ison (1967) at 29.

36. Henderson (1969-70) at 157.

37. The calculations are detailed in Atiyah (1979) at 242. Discussed further in Chapter VIII.

38. Henderson (1976) at 420-21.

39. Id., at 418-19.

40. Linden, in Symposium (Calgary) (1979) at 156.

41. Dunlop (1975) at 447.

42. O'Connell (1979) at 219.

43. Waddams (1980) at 268.

44. Jamha, in Symposium (Calgary) (1979) at 134.

45. O'Connell, in Symposium (Calgary) (1979) at 74.

46. Linden (1966b).

47. Linden, in Symposium (Calgary) (1979) at 154.

Chapter V

THE ARGUMENT FOR TORT: THE COMPENSATION RATIONALE

"The two purposes most commonly attributed to tort law are compensation and deterrence."[1] There may be other rationales -- retribution, for example -- but they are not predominant. Compensation and deterrence remain the primary justifications for retaining tort. The current law reform initiatives urging the adoption of strict liability for product injury are initiatives that say in effect: "Tort works; it's worth keeping; all we have to do is change the liability rule from negligence to strict liability."

Will the adoption of strict liability enable tort to function as a cost-effective compensation or deterrence mechanism? Even with the adoption of strict liability, can a case be made for retaining the tort litigation fragment for the non-work, non-auto product injury problem? After some 20 years of carefully documented research, we now have the data to assess the validity of both the compensation and, particularly, the deterrence claims that are currently "legitimating" the strict liability/tort reform debate. In this chapter, we examine the compensation argument. In Chapter VI, we examine the deterrence claim.

1. Tort as a Compensation Vehicle: Everyone Agrees It Isn't

The recent OLRC Report on Products Liability[2] suggested that "[t]he primary purpose of tort law in the area of products liability is to attain a rational, fair and workable system of accident compensation."[3] Yet no one today, including Professor Waddams, who was the Research Director for the OLRC Products Liability Project, would claim that tort has any advantage over the other kinds of injury compensation schemes. Indeed, there is a clear consensus in the literature that tort as a compensation mechanism fails miserably. As Professor Waddams notes in his textbook Products Liability:

> If our object were compensation of accident victims, the case for a universal accident compensation scheme seems overwhelming. Compensation by tort law depends on finding a solvent and identifiable wrongdoer who is legally liable. It involves a time-consuming and expensive process, with the employment of courts, lawyers and insurers to an end that could be achieved much more cheaply, efficiently, and fairly by paying compensation to all accident victims. A large part of the cost of accidents is already absorbed by the community through social welfare schemes of various sorts.[4]

The deficiencies of tort litigation as a vehicle for universal product

injury compensation are apparent to anyone after only a moment's reflection. The arbitrary exclusion of those victims who can't find or can't "fault" a defendant; the inequities of the lawsuit "lottery"; the inordinate delay in obtaining compensation; the horrific expense of the litigation mechanism: each of these points, and others, have now been amply documented in the literature. And everyone agrees: if the only rationale for retaining tort ligitation was compensation, then tort would have been abolished decades ago.

Because this point is beyond dispute today, the reader may want to proceed immediately to Chapter VI and what is clearly the more viable rationale -- deterrence. However, for the record, and also for the benefit of the odd reader that may still believe in a compensation rationale for tort, included below is a more extended itemization of the evidence to the contrary.

2. Compensation: Why Tort Fails -- The Deficiencies in Detail

(1) More than half of the injuries go uncompensated. This has been the single most important finding of those studying the tort system over the past 15 years. "Fewer than one-half of the victims are compensated by the tort regime....less than one-half recover their full losses."[5] This point has been documented time and time again: more than half of all injuries go uncompensated under the tort system. The Osgoode Hall Study on Compensation for Victims of Automobile Accidents,[6] the Ontario Law Reform Commission's Report on Motor Vehicle Accident Compensation,[7] the U.S. Department of Transportation's recent study,[8] not to mention countless surveys, articles and books[9] all provide ample documentation for this statistical finding. Whether this is due to the victim's inability to find a "blameworthy" defendant or prove that the product was indeed "defective," or to the expense and uncertainty of liability litigation, the conclusion of the National Commission on Product Safety in its Final Report released in 1970 is just as accurate today: "Most injuries to consumers from manufactured products go uncompensated."[10] This point alone is enough to justify the abolition of tort as a compensation mechanism. The development of a first-party no-fault, administratively operated compensation scheme (such as workers' compensation or provincial health insurance) would be far more comprehensive.

(2) Major injuries are undercompensated, while minor ones are overcompensated. Several studies have shown that tort tends to vastly overcompensate for small claims and to systematically undercompensate the serious injury.[11] The reasons for this distortion arise out of the next point: the "lottery" aspects of tort litigation.

(3) Tort litigation as "lottery." One American commentator has described products liability litigation, and in particular the courts' attempt to determine "fault" or "defect," as a "cumbersome, time-consuming, expensive and almost ridiculously inaccurate process."[12] The influential Briefing Report of the Inter-Agency Task Force on Products

Liability concluded that "the law of products liability has become filled with uncertainties creating a lottery for both the insurance ratemakers and injured parties."[13] The notion of the lawsuit as "lottery" has been examined in detail by Professors Terry Ison and Jeffrey O'Connell in their respective studies, aptly titled The Forensic Lottery[14] and The Lawsuit Lottery.[15] In the latter, O'Connell provides this synopsis of the various factors that combine to make the products liability lawsuit very much a game of chance:

> The operation of the tort system is akin to a lottery. Most crucial criteria for payment are largely controlled by chance: (1) whether one is "lucky" enough to be injured by someone whose conduct or product can be proved faulty; (2) whether that party's insurance limits or assets are sufficient to promise an award or settlement commensurate with losses and expenses; (3) whether one's own innocence of faulty conduct can be proved; and (4) whether one has the good fortune to retain a lawyer who can exploit all the variables before an impressionable jury, including graphically portraying whatever pain one has suffered. Small wonder that for those significantly injured in traffic accidents, 55 per cent get absolutely nothing from the tort liability system.[16]

(4) Judicial damage assessments are inherently arbitrary, inequitable and institutionally unworkable. The lottery aspect of the products liability lawsuit is nowhere more evident than when the court tries to calculate in monetary terms the plaintiff's "loss." The difficulties, indeed the arbitrariness, associated with the judicial process of damage assessment have been carefully documented in the literature. The unprincipled and intuitively ad hoc nature of damage calculation is particularly apparent in the area of non-economic or intangible losses such as pain and suffering. How does a court begin to monetarily assess a claim for the pain and suffering associated with physical injury? What is emotional trauma "worth"? Ten dollars? Ten thousand dollars? How is severity to be measured? Is it even measurable? Jeffrey O'Connell believes that the judicial attempt to "measure" pain and suffering, a kind of damage that is at best "amorphous and unmeasurable," is "ridiculous" and consists of nothing more than "cynical, arbitrary guess-work."[17] Patrick Atiyah concluded in his study of judicial awards for "pain and suffering" that "all such damage awards could be multiplied or divided by two overnight and they would be just as defensible or indefensible as they are today."[18]

Surprisingly, this arbitrariness in damage assessment also extends into the calculation of the injured plaintiff's economic losses -- his medical expenses, lost income, future care expenses, etc. Here again, the empirical evidence is convincing: institutionally the courts are simply unable to arrive at a fair-minded figure that really does represent the plaintiff's "loss." An injured plaintiff will often claim damages to compensate for prospective income losses as well as future

care expenses. This means the court has to try to forecast long-range interest and inflation rates and then choose the "appropriate" rate of discount. In practice, as Dickson J. noted in a recent personal injury case that made its way to the Supreme Court of Canada, a judge can do no more than "crystal ball" the appropriate damages award.[19]

Much of this difficulty is of course a consequence of the common law's lump-sum, "once and for all" method of compensation. The lump-sum award invariably attracts the very worst features of arbitrariness and uninformed guesswork. Professor John Fleming has observed that the shortcomings in the process of fixing damages on a once and for all lump-sum basis "are lamentable beyond imagination."[20] The absurdity of lump-sum personal injury compensation in terms of its negative impact on victim rehabilitation has also been examined:

> The problems are further aggravated by the practice of the single lump-sum payment, dictated by the common law system. In other words, nothing is paid periodically as losses accrue; only at the end of the entire claims process is payment made. So an insurance company, understandably, will use the fact of the months' or years' delay before trial to try to force the claimant and his lawyer to accept much less than a jury might award simply in order to settle the matter and perhaps get badly needed cash to cover wage loss and medical expenses not being reimbursed from other sources. This lump-sum method stands in contrast to many other forms of insurance, such as health insurance, which are paid periodically as bills become due. In addition, the common law system of one lump-sum payment means that in the event of serious injury, where losses may continue beyond the date of settlement or verdict, predictions must be ventured on the extent of the injury into the future. This leads to a further bitter and often counter-productive battle between plaintiff and defendant, with the plaintiff's doctor grossly exaggerating the aftereffects of the injury and the insurance company doctor just as grossly disparaging them -- and the jury, "twelve people of average ignorance" as one wit called them, left in the middle trying to decide which doctor is exaggerating less. (One sometimes gets the impression that in an amputation case, the plaintiff's doctor will predict that the amputation will spread, while the insurance company doctor is confident that the limb will grow back.) Keep in mind that once damages are settled by either agreement or verdict the amount determined cannot be changed, even if it turns out, in light of the patient's subsequent condition, to be either pathetically inadequate or wildly overgenerous.
>
> The result is a system that, even in the hands of legitimate professionals, ends up injuring the injured while supposedly trying to help them. It has always been axiomatic in medical circles that promptness is essential to good medical treatment

of trauma. The victim must be made to put the accident behind him, especially if rehabilitation is needed. In the words of a member of the American College of Surgeons' Committee on Trauma, "Rehabilitation should commence on the day of injury and be continued until the limit of improvement is reached." Personal injury lawyers expertly and efficiently foster exactly the opposite attitude.

[M]any in the medical profession are understandably shocked by a system that, contrary to all medical wisdom, encourages accident victims to preserve, hug, and indeed nurture and memorialize every twinge and hurt from an accident. According, once again, to the same member of the Committee on Trauma, "Many a temporary partial disability has become a permanent partial or even permanent total [disability] because emphasis was placed entirely on the legal rather than the medical facet of the problem." John Nemiah, writing in, of all places, the magazine of the American Trial Lawyers' Association, has stated:

> It should be appreciated by all concerned that the adversary nature of a tort [claim] subsequent to injury heightens the patient's sense of grievance, entitlement to redress, and revenge -- which tends to foster his aggressive drive and to shift his attention away from the goals of rehabilitation and eventual regained independence.
>
> [I]t should be recognized that the delays so frequently encountered in settling personal injury litigation tend to keep the patient trapped for months, even years, in a limbo of indecision and idleness in which dependency needs are fostered. During this time, it frequently becomes so pointless to try to work toward rehabilitation that, practically, the patient remains an invalid until legal elements emanating from his injury are resolved.

But, as indicated above, by the time the legal proceedings are concluded it may be simply too late to start on rehabilitation. What a tragedy that accident law forces accident victims into "the schizophrenic choice between 'recovery' in the medical sense and 'recovery' in the legal sense," in the words of Law Professor Alfred Conard of the University of Michigan.

And so the occasional accident victim who makes it through the labyrinth of tort liability, with all its emotional and technical vicissitudes, often ends up defeated even when he wins. He wins the legal battle but loses the war he should have been fighting for maximum physical and psychological recovery. He will be left not only with the injuries and suffering that compensation is designed to ameliorate but with the distinct

> possibility of a condition aggravated by focus on legal rather than medical recovery.[21]

In an earlier book, O'Connell referred to the law of personal injury damage calculation as "a nightmare of inefficiency and inequity."[22] In the recent Supreme Court of Canada decision Andrews v. Grand & Toy Ltd. (referred to earlier),[23] Dickson J. criticized the "largely illusionary" reliability of modern actuarial practices and pleaded for serious legislative reform of the personal injury tort litigation system.

> The subject of damages for personal injury is in the area of the law which cries out for legislative reform. The expenditure of time and money and the determination of fault and of damage is prodigal. The disparity resulting from lack of provision for victims who cannot establish fault must be disturbing. When it is determined that compensation is to be made, it is highly irrational to be tied to a lump sum system and a once and for all award....It should be possible to devise some system whereby payments would be subject to periodic review and variation in the light of the continuing needs of the injured person and the cost of meeting those needs.[24]

Inflation-proofed, periodic payments (rather than once and for all lump-sum awards) are of course the normal method of compensation under most state-run first-party no-fault schemes.

(5) The delay is monumental. A very real consequence of our tort litigation third-party liability insurance system of product injury compensation is delay. Lawsuits take time. Not just days or months, but years. It is not at all unusual for an injured plaintiff to find himself out-of-pocket for seven, eight or nine years before compensation is finally paid. In the three most recent personal injury cases to reach the Supreme Court of Canada, the delay factor was painfully obvious to all concerned. In Teno v. Arnold,[25] the parents of a severely disabled four-and-a-half year old girl had to wait nine years before compensation was finally payable; in Andrews v. Grand & Toy Ltd.,[26] the litigation consumed six years; and in Thornton v. Board of School Trustees,[27] the lawsuit dragged on for seven years. Contrast this with the experience in New Zealand, where the average time period between the submission of the compensation claim and receipt of first payment is 12 days![28] Data from the United States and its recent experimentation with modified (or "add-on") no-fault automobile insurance provide a similar contrast in timeliness of payment. A survey of "no-fault" states conducted by Professor Alan Widiss shows that the time lapse between receipt by the insurance company of a claim for compensation and the first no-fault medical payment received by the accident victim was between four and seven days in more than 50 per cent of the cases; in 80 per cent of the cases the injured party received first payment within a month and in 97.9 per cent within six months.[29] Various reports to the U.S. Department of Transportation from the insurance departments of Colorado, Connecticut, Michigan and New Jersey show

comparable statistics, with Michigan's Insurance Bureau reporting that "almost all auto accident claims are settled within thirty days."[30] Under the fault system (tort litigation third-party liability insurance), only 57.6 per cent of all claims were settled and paid within six months of documentation. Most of the others were plagued by litigational delays and took years to resolve.[31]

(6) Tort is horrendously expensive to operate. One of the most significant deficiencies of tort litigation as a compensation vehicle is its comparative cost-effectiveness. Study after study has found that "the costs of administration [of the tort system] are roughly double the benefits of compensation."[32] Less than 50 cents of every insurance dollar is paid out in claims. More than 50 per cent of the premium dollar is absorbed in operating costs.[33] A first-party no-fault social insurance scheme, on the other hand, can be operated for only 12 cents per dollar. With no-fault compensation and the elimination of the time-consuming and costly litigation process, a full 80 to 90 per cent of the insurance dollar can be paid out in benefits.[34] To no one's surprise, the Ontario Law Reform Commission concluded in 1973 that "[t]he cost of the tort system does not justify its continued use as a means of making reparations for motor vehicle accident injuries."[35] Five years later the Ontario Select Committee on Company Law, in recommending no-fault auto insurance, also remarked on "the capacity of no-fault systems to reduce adjusting and settlement costs by minimizing fault investigation so that a significantly larger portion of the premium dollar will be returned to the public in claims payments."[36]

Studies in the United States have confirmed the overall cost-ineffectiveness of tort even where a rule of strict liability prevails. Data presented to the Inter-Agency Task Force on Products Liability revealed that the costs of tort litigation were such that it took nearly 75 cents of litigation expenses to transfer every $1.00 of benefits.[37] Studies of American "no-fault" automobile insurance states are also relevant. One empirical examination of no-fault's cost-effectiveness in the state of Florida showed that after the passage of the no-fault insurance law, benefits paid increased by 51 per cent and the benefits-premium ratio increased by 56 per cent.[38] The study concluded that "the hypothesis of more cost-effectiveness with no-fault should be accepted."[39]

The tort litigation system, on the other hand, is cost-ineffective, indeed horrendously expensive. More money goes to lawyers and insurance adjusters than to victims. The waste, in terms of social and human resources, is mind-boggling.

> If you sat down to design a system for wasting and dissipating precious medical and insurance resources you could not do any better than what we have now.[40]

(7) Even the "winners" lose. Some would argue that a first-party no-fault accident compensation system will undercompensate those plaintiffs that could "win" the lawsuit, and that injured persons entitled to full compensation would be better served by a tort system. Several reasons have already been presented that show why the compensation rationale cannot justify tort litigation. Even if this final point about the overall injustice to the "winners" were true, that could not in itself counterbalance tort's many deficiencies. But is it even true to say that tort treats its "winners" well?

In Teno v. Arnold,[41] the Supreme Court of Canada awarded $540 000 in damages to the parents of a severely disabled little girl for injuries sustained when hit by an ice-cream truck that was touring the neighbourhood. As noted earlier, the case wound its way through the courts for nine years. But finally the highest court in Canada was able to "crystal ball" the appropriate level of damages and awarded the plaintiffs $540 000. Diane Teno and her parents "won." Or did they? Professors Feldthusen and McNair's study of this and two similar cases provides a troubling answer:

> The strength of the tort system would seem to lie in how well it treats its "winners." They are persons who not only secure a judgment in their favour but whose lump sum award by pure chance proves adequate to meet their lifetime needs. But ask whether Mrs. Teno, with her daughter's best interests at heart, would not rationally have preferred assured future care expenses and a basic income for life, payable more or less routinely without a trial in 1969, to almost nine years of uncertainty and expense culminating finally in 1978. Would not many successful plaintiffs trade the "justice" and "satisfaction" of litigation, and the non-pecuniary damages, for the relatively low-cost, fast, and secure benefits that would be available in a country such as New Zealand? And if this is true of the "winner" of one of the largest Canadian awards ever, what of the "losers" -- the unsuccessful plaintiffs, the victims of non-tortious accidents, and the tortfeasors themselves?[42]

The subtitle of Jeffrey O'Connell's most recent study of tort litigation, The Lawsuit Lottery, is most apt: "Only the Lawyers Win."[43]

3. The Compensation Rationale? -- A Clear Consensus

> This then [writes O'Connell] is the present tort insurance system: not a system for paying accident victims from accident insurance but a system for fighting accident victims about paying them from accident insurance; a system so cumbersome and tricky that the typical accident victim even after consulting a lawyer cannot know what he will be paid, when he will be paid, or if he will be paid; a system hugely wasteful

> of insurance dollars that puts so much into the pockets of lawyers and insurance companies and so little to the victims altogether; a dilatory system that, when it finally gets around to disposing of cases, is usually cruelly vindictive to most and occasionally relatively generous to others, with outcome more dependent on luck and emotion than on need and reason.[44]

It was said earlier that today the point is beyond dispute: if compensation were the only rationale for the uncertain, inaccessible, inequitable and expensive tort litigation system, then our continuing use of tort (even with a strict liability "reform") could not be justified. There is virtual unanimity on this point in the literature. No one tries to put the argument for tort on the basis of compensation. And for good reason.

The rationale for the tort litigation system must be found elsewhere.

Notes

1. Waddams (1980) at 227.
2. Ontario Law Reform Commission (1979b).
3. Id., at 69.
4. Waddams (1980) at 227.
5. Ontario Law Reform Commission (1973) at 13.
6. Osgoode Hall (1965). Discussed in Wright and Linden (1980) at 15-3.
7. Ontario Law Reform Commission (1973).
8. U.S. Dept. of Transportation (1977).
9. See, for example, Ison (1967), Atiyah (1975a) and O'Connell (1979). Also see the extensive literature cited in Wright and Linden (1980) at 15-3 to 15-4.
10. National Commission on Product Safety (1970) at 74.
11. See Ontario Law Reform Commission (1973) and U.S. Dept. of Transportation (1971) at 36 and the studies itemized therein.
12. Freedman (1972) at 123.
13. IATF (1977b) at iii.
14. Ison (1967).
15. O'Connell (1979).
16. Id., at 8.
17. O'Connell (1975b) at 51.
18. Atiyah (1975a) at 187.
19. Andrews et al. v. Grand & Toy Alberta Ltd. et al. (1978), 19 N.R. 50 at 71 per Dickson J. (S.C.C.).
20. Fleming (1969) at 302.
21. O'Connell (1979) at 19-22.
22. O'Connell (1975b) at 51.
23. Supra, note 19.

24. Supra, note 19, at 56-57.

25. (1978) 19 N.R. 1 (S.C.C.).

26. Supra, note 19.

27. (1978) 19 N.R. 552 (S.C.C.).

28. Holyoak (1979).

29. Widiss (1977) at 211 and Table 30.

30. Id., at 36. Also see O'Connell (1979) at 170-71.

31. U.S. Dept. of Transportation (1977) at 32, Table III-7.

32. Ison (1967) at 27.

33. Atiyah (1975a) at 456 and Ison (1967) at 27.

34. Id. Also see Fleming (1979) at 250 and the description of existing state-run no-fault schemes, supra, Chapter III.

35. Ontario Law Reform Commission (1973) at 15.

36. Ontario Select Committee on Company Law (1978) at 63.

37. O'Connell (1977a) at 751.

38. Little (1975).

39. Id. Also see U.S. Dept. of Transportation (1977) and O'Connell (1979) at 157-75 for a detailed itemization of other studies documenting the same conclusion.

40. O'Connell (1975b) at 51.

41. (1978) 19 N.R. 1 (S.C.C.).

42. Feldthusen and McNair (1979) at 428.

43. O'Connell (1979).

44. O'Connell (1975b) at 54.

Chapter VI

THE ARGUMENT FOR TORT: THE DETERRENCE RATIONALE

The most prevalent justification for our continued use of tort for non-work-related product injury claims is deterrence. Those who advocate the retention of the tort litigation fragment for this area of accidental injury quickly concede its many deficiencies as a compensation mechanism but go on to argue that these deficiencies (however inequitable or costly) are outweighed by the benefits of tort as a deterrence mechanism. Here is how one Canadian judge put it:

> Compensation is not the only function of the law of torts. The law has a further function, namely, the regulation of human conduct. It has become the fashion of no-fault writers to scoff at this function of the tort system but, again, it is clearly visible to those who interview clients in their offices. People are deterred by judicial determination; they do seek to have fault determined. Whether or not the claim will be paid by an insurer, there is a deterrent effect in having a determination that negligence caused the injury. The tort system deters negligence and rewards care.[1]

The same point is made by some Canadian tort scholars:

> If the role of tort law was merely to compensate and nothing else, one might well decide to do without psychic reparation in return for a universal prompt and inexpensively administered economic compensation. But...fault liability is supposed to deter.[2]

And in a recent study of American no-fault experience sponsored by the American Bar Association, the authors repeatedly return to the point that tort law as it operates today is not intended to be an insurance scheme. The rationale for tort, they say, lies in its ability to deter careless behaviour.

> Once the effect of liability in reducing the accident rate is recognized, the alleged costliness of the tort system must be re-evaluated. Its costs...may well be reasonable if tort liability serves to reduce the accident rate and hence the total losses from accidents....The major benefit of tort liability...is the reduction in the accident rate that is brought about by adherence to the standard of care established by the fault system.[3]

A great deal of ink has been spilled by countless commentators, in the last 20 years, explaining and examining both the theoretical and the practical ramifications of the deterrence rationale, particularly in

the context of accidental injury. No attempt will be made here to synthesize or distill this large body of scholarly writing. (The interested reader is referred to the bibliography found at the end of this report.) The concern here is more limited. We will first trace the basic features of the deterrence argument, then explore some of its theoretical limitations and, finally, we will examine in some detail how the deterrence theory really works in practice. Here again a great deal of empirical research has now been done; therefore, the theoretical aspirations of the deterrence rationale can now be tested and evaluated.

1. Deterrence: The Theory Explained

We can't eliminate or deter all accidental injury. Nor would we want to. All of us live our lives with a clear appreciation that much of our daily routine involves a risk of injury. Driving to work, repairing household appliances, consuming sundry goods or services: the risk of injury is never far away. Yet we engage in these activities willingly, knowing full well that some of us will be injured, crippled or killed. Because a completely accident-free society is neither attainable nor desirable, we are content to take the personal risks that a modern life-style demands. All that we really ask is that the accident rate be "reasonable" and that injurious or unsafe products be carefully controlled or confined.

But what is a "reasonable" or "tolerable" accident level? And how is this determined? The answer, some argue, is through the marketplace fettered only by the common law and its rules of liability. All of us as consumers "choose" the level of product safety that we prefer through the market's pricing mechanism. And where a product proves to be "defective" or falls below a "reasonable" standard of manufacturing care, the courts will ensure that, where appropriate, liability is imposed upon the responsible defendant so that the full social cost of the injurious product will be incorporated into the seller's cost calculations and ultimately reflected in the purchase price. And, liability will be imposed if the actual damages, discounted by the probability that they will be incurred, are greater than the cost of preventing the accident. This, says Professor Richard Posner, will bring about an "efficient" and "cost-justified" safety and accident level in our society.[4] Unsafe manufacturing practices are deterred through the determination and imposition of liability. Tort litigation becomes a victim-initiated and judicially operated quality control mechanism.

One of the most remarkable contributions to the study of deterrence and accident law theory generally was Professor Guido Calabresi's The Cost of Accidents.[5] Published in 1970, Calabresi's analysis identified the two principal goals of any system of accident law as being (1) justice and fairness, and (2) the reduction of accident costs. The loss reduction goal (the second goal) required, in part, the development of a

general deterrence technique that would help internalize the full social cost of all accidents. This general (or "market") deterrence technique would reduce overall accident costs in two ways:

> The first and more obvious one is that it creates incentives to engage in safer activities. Some people who would engage in a relatively dangerous activity at prices that did not reflect its accident costs will shift to a safer activity if accident costs are reflected in prices. The degree of the shift will depend on the relative difference in accident costs and on how good a substitute the safer activity is. Whatever the shift, however, it will reduce accident costs, since a safer activity will to some degree have been substituted for a dangerous one.
>
> The second and perhaps more important way general deterrence reduces accident costs is that it encourages us to make activities safer. This is no different from the first if every variation in the way an activity is carried out is considered to be a separate activity, but since that is not how the term activity is used in common language, it may be useful to show how general deterrence operates to cause a given activity to become safer. Taney drives a car. His car causes, on the average, $200 per year in accident costs. If a different kind of brake were used in the car, this would be reduced to $100. The new kind of brake costs the equivalent of $50 per year. If the accident costs Taney causes are paid either by the state out of general taxes or by those who are injured, he has no financial incentive to put in the new brake. But if Taney has to pay, he will certainly put the new brake in. He will thus bear a new cost of $50 per year, but it will be less than the $100 per year in accident costs he will avoid. As a result, the cost of accidents to society will have been reduced by $50.[6]

Calabresi's work has influenced many law reform commissions to urge the adoption of a strict supplier liability rule. The extent to which strict liability could work to achieve a level of market deterrence that is in fact superior to that achieved under negligence was recognized by the OLRC, for example, in its Report on Products Liability:

> By "internalizing" the cost of accidents, strict liability encourages the manufacturer to develop cost-justified methods of reducing defects in his products. As soon as it becomes less expensive to develop means of reducing defects than to pay the costs of accidents, a manufacturer will have a greater incentive to develop those means. Under a negligence regime, provided that a manufacturer follows common practice in the industry, and provided that the means of reducing defects are not a reasonably obvious precaution, he may possibly be able to continue his practice without liability.

> A consideration of these arguments has persuaded us that, on an economic basis, strict liability for damage caused by defective products is preferable to a principle of liability based on negligence in terms of both compensation and deterrence.[7]

2. Some Problems with the Theory

The general deterrence theory is easy enough to understand. Liability judgements cost the manufacturer money and provide the financial incentive for safer product design and manufacturing practices. But the notion that liability rules can in fact alter undesirable behaviour, or can help regulate the quality or safety of the products used or consumed in today's society, depends on a great number of highly restrictive assumptions about today's society and how it works.

The root assumption, and one that puts into serious question the overall utility of tort liability deterrence theory, is that our system of common law adjudication is efficient.[8] This threshold assumption about the efficiency of our courts and their determination and imposition of liability is crucial. The precision and sensitivity (the "efficiency") required for market deterrence to be a workable concept in practice is extraordinary. What you need is nothing less than a responsive, sophisticated, perfectly informed and litigationally motivated plaintiff; a fully informed judiciary with a confident capability in differential calculus; a litigation process that precludes below-social-cost settlement practices and ensures the accurate and immediate imposition of liability upon the appropriate supplier; a suppliers' marketplace that in fact does internalize the full brunt of the liability judgement and then reflects this internalization in subsequent product-pricing decisions; and, at the very least, a sophisticated insurance industry that is technologically able to resuscitate the deterrent effect of an insurance-covered products liability judgement by means of a carefully calibrated and supplier-individualized rate-making procedure.

In sum, market deterrence to be at all workable requires a high degree of product information, victim initiative, judicial care and capability, supplier responsiveness and insurance industry precision. Even Calabresi's elegant theory of general deterrence rests on the Herculean assumption that one can efficiently identify the activity or the actor that "caused" the accident. Calabresi put it this way: "If we can determine the costs of accidents and allocate them to the activities which cause them, the prices of activities will reflect those accident costs."[9] But to what extent is it possible to identify the relevant activity or actor that "causes" a particular accident? The problem of attribution -- the "what is the cost of what" question -- is formidable, to say the least.

How do you allocate the cost to the responsible "activity"

> when it is not at all clear what that responsible activity is? Is the cost of a road accident traceable to the activity of motoring, of tire manufacturing, of cycling, of walking, of having an office downtown to which one has to drive?[10]

Accident attribution, victim litigation, judicial liability determination and supplier internalization: these are the component parts of the tort liability deterrence theory. The basic mechanism, though, is the market itself: a well-informed, workably competitive market where marginal behaviour, whether corporate or individual, can be affected through the determination and imposition of financial liability. The efficiency of the market is assumed as well as the utility of micro-economic analysis.

It is not suggested for a moment that serious-minded economic analysis has nothing worthwhile to say about the determination or imposition of liability. In many cases of the law it has. In the area of personal injury and products liability, however, this attempt to reduce the complexities of the product injury problem to a simple market model with highly restrictive and narrowly defined economic determinants has been subjected to severe criticism. No one has denied the scholarship in Professor Richard Posner's important and imaginative work, The Economic Analysis of Law,[11] or in the many articles that this book has inspired. But, increasingly, more and more lawyers, philosophers and economists are challenging Posner's claim that the common law's primary purpose is to promote economic efficiency. The criticisms are profound and extensive. The economic approach employed by Posner and his adherents is being attacked from various perspectives. Some commentators concentrate on the nature and validity of the assumptions that underlie Posner's analysis;[12] others question his claim of non-normative or non-ideological purity;[13] still others doubt the overall utility of employing a simpleminded market model in the analysis of complex, contemporary social and legal problems.[14] The Economic Analysis of Law was described by one reviewer (a law professor) as nothing more than "400 pages of tunnel vision"[15] and by another reviewer (an economics professor) as "a potentially defective product."[16] The critical literature is extensive. If interested, the reader will find that Baker,[17] Cranston,[18] Leff,[19] Minda,[20] Polinsky[21] and Steiner[22] provide the most compelling analyses.

These writers have, by and large, exposed the limitations of the economic approach employed by Posner and others who adhere to the Chicago School mode of thinking. The basic vulnerability of this approach, however, would be obvious even to persons who are not particularly well versed in either law or economics: the emphasis that is placed on economic efficiency. Nothing else matters. Other policy-relevant criteria such as fairness, human dignity or overall justice are either assumed away or ignored.

> It is simply taken for granted in this American literature that there is only one rational way of approaching the problem

> of safety and accident prevention -- namely the market way ...but the economic way is not the only way. It is possible for society to make collective judgments about the degree of risk which is justifiable in industry, on the road and elsewhere, and about the expenditure which is justified in accident prevention measures.[23]

Notions such as justice and fairness, of course, have no place in a theoretical economic model that has definitionally restricted the products liability debate to the questions of incentives, deterrence and liability rules and has limited the available choice criteria to one: economic efficiency. Earlier mention was made of Herculean assumptions. Perhaps the most ambitious assumption of all, and one that arises implicitly in all of the tort liability deterrence theorizing, is that the a priori selection of the economic efficiency criterion is somehow "correct" and logically compelling. But as Professor McKean observed at a symposium on products liability that was held at the University of Chicago nearly a decade ago:

> [T]here is no criterion of preferredness that all members of a group are compelled by logic to accept....There are no "correct" rates at which the Nation should trade fairness for economic efficiency, and there is little likelihood that people could agree regarding such rates....Furthermore there is no ultimately correct criterion of optimal resource allocation.[24]

Thus even if the tort liability deterrence theory and the economic model that it employs could be shown to be relevant or even plausible, there would still be room for other criteria in addition to that of economic efficiency in the debate about products liability and the reform or redesign of accident compensation programs. The point here, though, is that the first hurdle -- relevance or even plausibility -- has not yet been cleared by the market deterrence theorists.

3. Deterrence: The Reality Examined

Even without the various theoretical difficulties discussed above, the validity of the deterrence rationale for tort suffers considerably when one turns from market models to market realities. The real world of product injury and accident litigation is very different from the theoretical. Imperfections, distortions and discrepancies abound. The tort litigation common-law liability system is everything but efficient. Several empirical studies have now documented the reasons why tort in fact fails as a deterrence mechanism. The first series of factors examines and explains tort's inability to deter the corporate defendant; the second series deals with the same questions as regards the individual defendant.

(i) Why Tort Fails as a Deterrence Mechanism: The Corporate Defendant

(1) Injured people don't sue. Deterrence theory requires first and foremost that all tortfeasors be identified and held liable so that the full social costs of an accident can be internalized by the appropriate defendant. And this in turn requires a high degree of victim initiative. Liability rules can't work if injured victims don't litigate. Yet this is the real world of product injury. Only a handful of potential plaintiffs will commence a lawsuit against a corporate tortfeasor. In a special tabulation made from a study of Canadian consumer satisfaction and dissatisfaction prepared for Consumer and Corporate Affairs Canada,[25] the author found that only 3 per cent of potential product injury plaintiffs chose to take legal action against the supplier.[26] The data from the United Kingdom are similar. Even though consumers believed that someone else was to blame in 18 per cent of the personal injury cases, only three-quarters of 1 per cent even considered a claim and only 0.2 per cent actually sought out legal advice.[27] The U.S. Consumer Product Safety Commission's NEISS data for the years 1973-75 showed that of 6.7 million consumers injured by products, only 210 000 (less than 3 per cent) actually filed a claim.[28] Professor Jeffrey O'Connell refers to another American study that showed that only 4 per cent of potential product injury plaintiffs actually contacted a lawyer and, of those, less than 1 per cent did so with the intent of claiming against the manufacturer.[29] As O'Connell noted:

> Small wonder that some manufacturers do not even respond to letters claiming compensation for injuries -- they know that more than two-thirds will never pursue the claim.[30]

Whether the reasons for inaction relate to the victim's ignorance of the law, or to the expense and complexities of litigation, or to below-social-cost settlement practices or to the availability of no-fault compensation, in fact few injury victims sue. This means in turn that the vast majority of tortfeasors go free. And this, of course, means that the potential for liability deterrence has been seriously distorted, if not altogether destroyed.

(2) Courts prefer to compensate, not deter. Deterrence theory requires a fully informed, economic-minded judiciary with an interest in and an understanding of liability deterrence. The last two decades of products liability litigation has seen a shift to victim compensation as the primary judicial concern. These developments in both American and Canadian tort law (in the latter more de facto than de jure) were described in some detail in Chapter IV. Today the focus on victim compensation is quite pronounced. "In fact," says Terry Ison, "courts show a very strong tendency to allow liability where they think the defendant can pay or where he has insurance. In practice, tort liability has little to do with any ideal that wrongdoers ought to pay."[31] Deterrence is all but ignored.[32]

(3) Tort litigation and judicial damage calculation remains a "lottery." The theory of liability deterrence requires a complete and correct liability assessment in order to achieve deterrence efficiency. This means that judges have to calculate "damages" fairly precisely. Yet everything we know about the tort litigation and damage calculation process denies even the possibility of precision. Even with a strict liability rule, the court would still have to struggle with "defect," "causation" and calculation of loss. The "lottery" or "wheel-of-fortune" aspects in each of these determinations were described in some detail in Chapter V. The difficulties of assessing non-economic losses such as pain and suffering, the problems associated with the lump-sum damages award, the extent to which damage calculation is nothing more than judicial "crystal balling," the delays, the distortions, the discrepancies of tort litigation generally: all of these factors combine to make tort litigation at best a lottery, and judicial damage calculation "a nightmare of inefficiency and inequity."[33] Hardly an auspicious environment for achieving the care and precision demanded for effective liability deterrence.

(4) There is no correlation between severity of sanction and degree of culpability. Not all suppliers whose products cause injury are equally culpable. Some are "more to blame" than others. Some could have reasonably prevented the defective product from reaching the marketplace; others might already be at the limit of modern-day quality control technology. Yet tort liability, and especially strict liability, treats both kinds of defendants in the same way. The measure of liability is plaintiff's loss, not defendant's blameworthiness. Thus the liability sanction imposed upon the defendant will be far too severe in some cases and unduly light in others. This lack of correlation between the severity of sanction and the degree of culpability further weakens the potential for liability-induced behaviour modification. Several commentators have questioned whether any tort system can have a deterrent effect when it is designed simply to compensate for actual harm done.[34]

(5) Whatever impact tort liability may have had has all but disappeared because of insurance. Even if all the hurdles discussed to date could be cleared, the phenomenon of products liability insurance would single-handedly deprive the deterrence argument of nearly all its force. If nothing else has worked to undermine the effectiveness of civil liability rules as vehicles for achieving market deterrence, products liability insurance has. Fleming suggests that the deterrent function of tort law was "severely, perhaps fatally undermined" by the advent of liability insurance.[35] One can see why. If the insurer rather than the tortfeasor pays the liability judgement, the possibility of deterrence virtually disappears. And today, of course, the vast majority of product suppliers carry some form of products liability insurance.[36]

(6) The insurance industry's rate-making procedures and loss prevention techniques are either abysmal or non-existent. Theoretically

the impact of an insurance-protected products liability judgement could be revived through a carefully calibrated and tortfeasor-individualized, rate-making or premium-pricing procedure. Insurance companies could seek to maximize the potential for liability deterrence by developing a system of premium rates that varied according to the particular party's liability record. In theory, at least, the higher premiums would provide the insured with a cost incentive for greater safety. But for such a system to work there has to be a direct relationship between the insured's liability history and the cost of its insurance premiums. Unfortunately, despite the fact that insurance companies have developed fairly sophisticated rate-making techniques in some liability areas, in the products liability field their rate-making practices are crude, to say the least. The Inter-Agency Task Force found that products liability premiums were often the result of uninformed "panic-pricing."[37] In fact, as noted in Chapter I, one of the principal causes of the so-called products liability "crisis" in the United States was the insurers' rate-making practices, often nothing more than "informed guesswork."[38]

Liability insurers have also failed to provide adequate loss prevention programs. Although insurance companies are theoretically in the best position to collect data about product injury claims and then pass on this information to their insureds, thus encouraging safer manufacturing practices, their performance in the loss prevention field to date has been terrible. Professors Denenberg and O'Connell have studied the insurance industry's loss prevention techniques and have found that, by and large, products liability insurers don't even bother to collect or organize the relevant data. Most of them don't even bother to segregate products liability claims. Consequently, "loss prevention programs" are at best poorly staffed and funded, or at worst non-existent.[39]

Professor Denenberg explains why liability insurers are not overly interested in loss prevention planning:

> There are reasons why insurance companies do not pursue loss prevention as enthusiastically as an outside observer would assume they should. Loss prevention might encourage self-insurance and might otherwise lessen the need for insurance. Insurance companies have in the past periods viewed loss prevention as something that might make insurance unnecessary. Loss prevention activity might also lower premiums and decrease insurance companies' income and cash flow.[40]

(7) Even the imposition of full liability will not necessarily achieve deterrence. Corporate defendants may find that it is more rational to pay liability judgements than to take preventive measures. Also, depending on the particular market structure, the defendant may be able to simply pass its liability costs along to consumers without any significant impact on business volume or profits.

In sum, too many real-world barriers stand between the theoretical expectations of liability deterrence and the realities of tort litigation. Not surprisingly, most thoughtful commentators today agree that corporate defendants will not be effectively or efficiently deterred through the determination and imposition of financial liability. Professor William Whitford, in an empirical study of products liability judgements and subsequent manufacturing practices, concluded that "[p]roduct liability litigation has little direct impact on product design or warning decisions."[41] Whitford suggested three explanations for this conclusion.

> First, the time period between the occurrence of the injury and the final outcome of the litigation often exceeds five years. Because product designs often change at shorter intervals, litigation usually involves a discontinued design. Second, many manufacturers isolate themselves from product liability claims by funneling all claims to their insurers and thereafter largely ignoring them even to the point, on occasion, of not informing themselves of the final outcome of claims. Litigation is unlikely to affect design decisions of such manufacturers. Finally, a majority of rotary mower manufacturers, in an industry plagued by litigation, fail to keep abreast of litigation involving other rotary mower manufacturers, indicating a general lack of concern.
>
> A further reason, incidentally, behind the indifference of industry and its engineers to the lessons of tort liability is that they have reason to view common law litigation as a circus -- crude, emotional, unscientific, and therefore scarcely able to teach anything to scientists about their profession or trade.[42]

Even the Ontario Law Reform Commission in its Report on Products Liability acknowledged that "tort law is a haphazard and inefficient means of deterrence."[43]

(ii) Why Tort Fails as a Deterrence Mechanism: The Individual Defendant

Most of the theorizing about liability deterrence is concerned with the business supplier of defective products -- the corporate defendant. There is also an aspect of liability deterrence theory that suggests a relevance to the behaviour of the individual. Here the appropriate liability rule is not strict liability but negligence. Individuals will be held liable for their injurious activities where such are deemed to be unreasonable and blameworthy. Liability awards (continue the theorists) have the same potential for deterring undesirable conduct in individuals as they do in the corporate sphere.

The response here, of course, is much the same as it was in the discussion of the corporate defendant. The same factors that denied the

viability of the deterrence rationale with respect to the corporate defendant apply with equal force here. But there are two further points that deserve emphasis.

(1) If the threat of injury or death does not deter, then civil liability for sure will not deter. It is highly unlikely that in the case of the individual a liability award will seriously deter future "careless" behaviour. An "accident", after all, is just that -- usually nothing more than momentary inadvertence. Indeed, that is why we call them accidents.

> Accidents are not usually the result of conscious risk taking; they are often caused by failure of observation and perception, faulty judgment and other factors not responsive to any type of deterrence. If a person has not perceived that there is a danger in a certain course of conduct, he will not be deterred from embarking on that conduct by any threat of penalty.[44]

The extent of civil liability in most cases of individual-initiated product injury (e.g., the automobile accident) is limited to a price increase in one's annual insurance premiums. As the New York Insurance Department concluded in its report on automobile insurance, "Individual last moment driver mistakes -- undeterred by fear of death, injury, imprisonment, fine or loss of license -- surely cannot be deterred by fear of civil liability against which one is insured."[45] Finally, the experience in American jurisdictions that have implemented no-fault automobile insurance does not support tort liability's deterrent effect. A U.S. Department of Transportation study concluded as follows:

> Prior to the adoption of no-fault [auto] laws and some actual experience with the operating results, some observers argued that change to a...no-fault system would remove accountability for accident fault and thereby increase driver carelessness and the likelihood of highway traffic accidents. In other words, it was argued, there would be "havoc in the streets." Factual evidence that conclusively proves or dispels this theory does not exist, but traditional safety statistics give no credence to this argument. Indeed, looking at accident rates over the 1970-75 period for each of the 16 no-fault states, no discernible jump in accident frequency following the institution of these states' no-fault laws can be found. In fact, the accident rate trend for each state generally follows the gradual downward aggregate trends for the U.S. as a whole, as well as those trends for the U.S. urban highway and the U.S. rural highway accident rates.[46]

(2) Liability deterrence theorizing in the case of the individual tortfeasor assumes a risk-calculus rationality that is humanly unattainable. Human beings are expected to behave intelligently and efficiently with a complete understanding of products liability law, all

attendant accident risks, and the extent and probability of a liability determination. Liability deterrence theory assumes that we can rationally calculate the risks of injury and liability in whatever we happen to be doing. The implausibility of these heroic assumptions has now been documented in recent psychological writing. Researchers studying human behaviour and risk taking have found that few, if any, of us are psychologically and intellectually able to live up to the "rational risk calculator" assumption that underlies contemporary deterrence theory.[47] Economists studying personal injury patterns have discovered that "economic rationality is a poor assumption in situations involving one's safety."[48] Individuals who find themselves in risky situations do not in fact behave rationally. High risks are invariably underestimated; low risks are overestimated. And as soon as the risk calculus assumes statistically minute proportions, the human intellect reaches its limit. Although some people will still be injured and others will be held liable, the requisite computations are beyond man's capacity.[49] Recent studies have in fact uncovered "some startling deficiencies in man's ability to think in probabilistic terms."[50] If liability deterrence theory was found to be unworkable in the world of corporate defendants, it is even more so in the case of individuals.

4. Why Deterrence Is Not a Relevant Issue

Thus far this study has examined the plausibility and the relevance of liability deterrence from a real-world perspective: the various and extensive barriers, disincentives, discrepancies and distortions that combine to seriously dilute, if not destroy, tort's reputed deterrent function. The evidence seems overwhelming. Of the many impediments that stand between the theory and the reality of liability deterrence, the most formidable is the modern-day liability insurance phenomenon. Its significance has already been discussed in some detail above. Clearly, insurance is here to stay. If the deterrent potential of liability adjudication is to be even modestly resuscitated, a sophisticated insurance rate-making procedure will have to be developed and implemented. The claim that a substantial deterrent level could be preserved through individuated premium variability is not without merit. And this brings us to a very important point: given all of this, it turns out that deterrence per se is not a relevant issue in the fault/no-fault debate! The following will explain.

Even if a level of deterrence could be recaptured by means of a more precise, more sophisticated, more carefully calibrated insurance rate-making or premium variability structure, this does not mean that the case for tort has been made. The achievement (however unlikely it seems today) of an individually risk-rated premium-pricing structure does not require that the tort litigation fragment be preserved. Whatever can be achieved through premium variability or "experience rating" in the third-party liability insurance context can also be achieved through a first-party no-fault social insurance scheme. Indeed, "risk rating" is a common feature of some current no-fault schemes such

as workers' compensation. Furthermore, the possibilities of success are greater when premium variability is attempted in a social insurance context than in a tort liability context. According to Professor Terry Ison, "a far more effective and sophisticated system of experience-rating and hazard-rating could be developed in an advanced system of social insurance than could possibly be developed out of a system of tort liability."[51]

This doesn't necessarily mean that premium variability or experience rating would work. In fact, there is considerable disagreement in the literature. Several commentators who have investigated the correlation between accident levels and premium rates seriously doubt the viability of experience rating. Patrick Atiyah, for example, believes that penalty rating has no significant deterrent effect on either manufacturing practices or accident costs.[52]

Whether or not we have the motivation, the technology or the empirical reassurance to invest resources into premium variability does not concern us here. This debate can and will continue in both the third-party and first-party insurance contexts. And this, again, is the crucial point: once we acknowledge that premium variability is equally available under a first-party no-fault scheme, it follows that the deterrent issue in the fault vs. no-fault debate becomes unimportant. The question, rather, comes down to the viability of penalty rating as a mechanism for deterrence.[53] And here tort has no advantage over social insurance.

5. Conclusion

The best evidence we have today suggests that deterrence alone cannot justify the retention of the tort litigation fragment for non-work product-related injuries.[54] Even with a strict liability rule, tort's deterrent potential is minimal, if not altogether nonexistent. The theoretical foundations of the market deterrence model are shaky, the practical problems are insurmountable and, given insurance and the need for premium variability, the entire discussion is ultimately irrelevant.

Notes

1. Laycraft J., in Symposium (Calgary) (1979) at 24.
2. Mackenzie (1975).
3. American Bar Association (1978) at 12 and 16.
4. Posner (1972) at 33.
5. Calabresi (1970).
6. Id., at 73-74.
7. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 70.
8. The major proponent of this point of view is Posner (1977).
9. Calabresi, in Keeton et al. (1968) at 243-44. Quoted in Atiyah (1975a) at 547.
10. Atiyah (1975a) at 547-48.
11. Posner (1977).
12. See, for example, Polinsky (1974).
13. See, for example, Baker (1975), Minda (1978) and Cranston (1977).
14. See, for example, Carrington (1979) and Leff (1974).
15. Leff (1974).
16. Polinsky (1974).
17. Baker (1975).
18. Cranston (1977).
19. Leff (1974).
20. Minda (1978).
21. Polinsky (1974).
22. Steiner (1976).
23. Atiyah (1975a) at 553.
24. McKean (1970b) at 5.
25. Ash (1980).

26. See Guss (1979) at 50.

27. Cranston (1978) at 309-10. Also see Burman, Genn and Lyons (1977).

28. Fleming (1977) at 212.

29. O'Connell (1975b) at 18.

30. Id.

31. Ison (1967) at 7.

32. The judicial disregard of the deterrence rationale is described and developed further in Glasbeek and Hasson (1977) at 402-10.

33. O'Connell (1975b) at 51.

34. See, for example, Stoll (1970) at 20-21.

35. Fleming (1967) at 823.

36. See IATF (1978a).

37. IATF (1977c) at I-27 to I-28.

38. Id. Also see Ontario Law Reform Commission (1979b) at 73.

39. O'Connell (1975b) at 23. Also see O'Connell (1979) at 24-25.

40. Denenberg (Report No. 8) at 257.

41. Whitford (1970). Discussed in O'Connell (1979) at 23-24.

42. O'Connell (1979) at 23-24.

43. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 70.

44. Atiyah (1975a) at 504.

45. New York Insurance Dept. (1970) at 12.

46. U.S. Dept. of Transportation (1977) at 60.

47. See, for example, Kunreuther (1976) and (1978). Also see Diamond (1974) and (1978). For an interesting discussion of Thomas Schellings' work on the psychology of risk assumption see Dorfman (1970-71).

48. Diamond (1974) at n. 3.

49. See Kunreuther (1976) and the references cited therein.

50. Id., at 243 and 255. Also see Oi (1973) and (1977).

51. Ison (1967) at 387.

52. Atiyah (1975a) at 520 and 550. Also see Atiyah (1975b) at 89 and Ison (1967) at 92-93.

53. I am indebted to Brown (1979) for this insight. This point is developed in more detail in this article.

54. Ontario Law Reform Commission (1973) (1979b) and New Zealand (1974) at 16. For a persuasive summary of the arguments and the evidence see Ison (1967), Atitah (1975a) and O'Connell (1975b) (1979).

Chapter VII

THE CASE FOR UNIVERSAL ACCIDENT COMPENSATION

Having examined the arguments for tort in Chapters V and VI above, the case for an integrated no-fault accident compensation program can now be considered on the merits. Much of the case for first-party no-fault has already been adverted to in earlier chapters. No really new points are made here. The argument is simply drawn together and synopsized.

The case for universal accident compensation comes down to ten basic points:

(1) Disability arising out of product-related injury is a significant social problem. Chapter I pointed out just how extensive and how costly the problem really is in Canada today. The social and the economic dimensions of physical injury or disability are enormous both for the affected individual and for his or her family.

(2) According to the best evidence we have today, nearly 75 per cent of all accidental injuries are not work-related.[1] Yet, as a Canadian Union of Public Employees working brief notes, "It is precisely in the area of non-work related short and long-term disability that coverage is weakest."[2] A survey by the Canadian Association of Accident and Sickness Insurers indicates that 80 per cent of the employed labour force in Canada has no provision for short-term loss of income benefits.[3]

(3) For the vast majority of Canadians, accident loss reparation today amounts to a bewildering array of disparate, uncoordinated and overlapping state-run no-fault compensation schemes, mandatory automobile insurance plans and a rarely used tort litigation fragment. At best, our current approach consists of a three-level hodgepodge of programs and mechanisms, fault and no-fault, that together continue to drain societal resources and leave us with the worst of both worlds.

> The problem with such sporadic, chaotic, piecemeal attempts at social insurance is that they leave us with the worst of both worlds: skyrocketing insurance premiums as defendant corporations and professionals and their insurers try to prepare for new onslaughts of claims based on novel or perverse theories, and precious little compensation for injury as courts and juries can only fitfully stretch common law tort rules into a genuine system of comprehensive compensation.[4]

(4) Our continued retention of tort litigation (even with a strict liability "reform") for non-work-related injuries cannot be justified. Tort fails miserably both as a compensation and as a deterrence mechanism. The evidence is overwhelming.[5]

(5) With respect to the compensation rationale, everyone agrees that first-party no-fault would be infinitely superior. A universal accident compensation scheme would not only be more comprehensive, more predictable and administratively more manageable, but also faster, cheaper and fairer. All of these advantages were documented in Chapter V above. The fairness point, however, deserves some amplification. Most critics of no-fault compensation believe that tort litigation, if nothing else, yields a higher award or pay-out for the injured or disabled individual litigant than would be the case under a no-fault scheme. However, a recent study of Australian damage awards in personal injury cases and their comparison with a New Zealand-type universal accident compensation scheme shows that, in fact, the no-fault scheme would have paid from 20 to 300 per cent more for the same injuries.[6]

(6) In terms of deterrence, tort is also seriously deficient. The theory of liability deterrence is shaky; the empirical reality is even worse. Although the odd die-hard torts scholar still clings to the deterrence fantasy,[7] the evidence is overwhelmingly to the contrary.[8] As noted in Chapter VI, tort's value as a deterrent is negligible and, more likely, nonexistent.

(7) In fact, the entire liability deterrence debate is quite irrelevant given the nature and the extent of modern-day liability insurance. Premium variability or "penalty rating" is probably the only way to resuscitate any deterrent impact, and this technique is equally available and, in all likelihood, more effective under a first-party no-fault scheme.[9]

(8) The possibility that private insurance or collective bargaining could fill the tort litigation void and provide a comprehensive compensation program for all Canadians is highly doubtful. A recent survey by the Canadian Association of Accident and Sickness Insurers reveals that only 31 per cent of the employed Canadian labour force is insured against long-term disability through individual or group insurance plans.[10] The inclusion of non-workers as well as workers and the guarantee of inflation-proofed long-term periodic payments appear to be beyond the financial capability of private insurance. One study has concluded that "the private insurance industry has not been able to provide universal and comprehensive coverage to workers and their families and is unlikely to do so in the foreseeable future."[11] The financial constraints of the private insurance market are examined below in Chapter VIII when the full dimensions of the institutional design question are explored in more detail.

(9) The adoption of a universal accident compensation system is logically and empirically compelling and legislatively inevitable. Few societies can enjoy the questionable luxury of maintaining an uncoordinated, unprincipled, enormously wasteful and fundamentally unfair conglomeration of fault and no-fault. Rationalization and integration

are inevitable. If not for reasons of community responsibility and human decency, then for reasons of institutional cost-effectiveness.

(10) The integration of existing no-fault schemes into a more comprehensive accident compensation system would facilitate the logical and equally inevitable extension of this system to all disability, including sickness and disease. (This final point is developed further in Chapter IX.)

This ten-point argument for a comprehensive no-fault accident compensation scheme is nothing more than a quick synopsis of the findings of numerous government studies and scholarly investigations. Most of these studies and their recommendations have already been discussed in earlier chapters. Mention should be made here, however, of a further and equally important study that has recently been completed for Consumer and Corporate Affairs Canada.[12] In it, Dr. Spencer Star provides an extensive economic analysis of product injury and products liability and also concludes that "the benefits of a universal accident insurance plan are uncontestable":

> A comprehensive accident insurance plan is a logical further step in social welfare legislation. New Zealand has shown that the system is affordable and that it can work. Australia is prepared to follow as soon as the moment seems opportune. Canada, due to its already extensive system of welfare, workmen's compensation, automobile insurance, and the guaranteed minimum income (just introduced in Quebec) could probably provide a comprehensive accident insurance system at lower additional costs than most other countries. What is needed now is information on the size of the gaps between currently existing Canadian insurance plans, and on the kinds of losses that would be compensated by accident insurance and which are now being sustained by individuals.
>
> The benefits of a universal accident insurance plan are uncontestable. Costly court battles would be rendered unnecessary and both consumers and producers would receive benefits from the reduced risk of catastrophic losses....The experience of Workmen's Compensation in Canada and of New Zealand's Accident Compensation plan indicate that the costs of providing such insurance publicly are much lower than for private companies. Universal accident insurance should certainly be considered as a desirable major advance in social welfare legislation. Given the rising costs associated with product liability cases and public concern about unsafe products, the question is whether Canada can afford <u>not</u> to have national accident insurance.[13]

These many studies are slowly starting to make a dent on the Canadian legislator. It was shown in Chapters III and IV how the no-

fault approach of workers' compensation had been extended, albeit incrementally, to hospital and medical insurance, assorted sickness and disability plans, and limited no-fault auto insurance. And, finally, at least one province has announced its intention to take the step and provide comprehensive no-fault compensation. Saskatchewan was planning to introduce legislation in the spring of 1981 establishing a universal accident and sickness insurance program.[14] Had this legislation been enacted, the Province of Saskatchewan would have become the first province in Canada with an integrated no-fault disability insurance system -- a system that would have gone even further than the one currently in place in New Zealand!

With or without Saskatchewan's lead, other provincial legislatures can also act if their law reformers can take the time to examine the personal injury problem in context, as well as the empirical data and the documentation that abound today. Oftentimes the case for universal accident compensation seems so overwhelming that one wonders how anyone with a fair-minded assessment of what we know today could disagree. Where such disagreement materializes either directly or, more often, indirectly, as when a law reform commission chooses to restrict the range of discussion to an utterly irrelevant debate about strict liability, one can imagine that the frustration felt by serious scholars such as Patrick Atiyah, Terry Ison or Jeffrey O'Connell must be enormous. Even their usual scholarly objectivity has to give way now and again to emotion and passion.

One of the most passionate pleas for rational law reform, and also one of the most persuasive, was delivered extemporaneously by Professor Jeffrey O'Connell when he appeared before the Inter-Agency Task Force on Products Liability. The IATF, the reader will remember, ultimately recommended a watered down (some say retrogressive) Draft Uniform Product Liability Act[15] that basically retained the tort litigation status quo.

O'Connell's remarks should be required reading for all provincial legislators and particularly for those provincial law reformers who persist in their myopic fascination with strict liability. Here is what he said:

> Let me start out with a couple of premises: first, we are probably wasting our time here this morning; secondly, we are probably wasting our time on this report. The report is going to come in with a very strange mix of recommendations that won't make any difference if they are enacted, and nobody will pay any attention to your report anyway, and I think we might as well relax and accept this....The tort system is an absolute scandal....It was...a scandal at the turn of the century, and every intelligent social reformer at the turn of the century said we have got to get rid of this thing as far as it affects the main group of people who are being injured in our society -- namely, industrial accident victms. By 1920 every

sophisticated state in the U.S. had workmen's compensation. They had scrapped the tort system as it applies to personal injury and had instituted a reasonably simplified insurance. They said it was absolutely wild after every accident to be asking whether the worker should have seen that oil slick, whether he should have moved his hand a millisecond faster, or a millisecond slower, and whether the employer should have moved something a few feet further, or a few feet slower. Scrap this damn thing and say when people are injured in the course of employment, pay me. Now don't pay them under this roulette system that the lawyers have figured out. I mean compensation for all their loss despite the fact that you have already been paid from somewhere else. Don't pay them for all their pain and suffering because no one knows what that is anyway. Pay them subsistence to keep them from being destitute after that and let them go out and buy all the insurance they can, but pay them middle-class, blue-collar wage loss, and pay them all their medicals. And we did that in every state of the United States by 1940. It didn't work very well but -- compared to the tort system it was wonderful.

Now the workmen's compensation system has a lot of problems in this country. No one will deny it except when you compare it with tort liability; then it is the most wondrous thing ever done. And no state in these United States, once it has enacted workmen's compensation, has ever seriously thought of going back to the tort system, which will be so stoutly defended by my fellow lawyers here. No state has ever thought about it seriously -- they wouldn't think about it seriously. And the Report of the National Commission on Workmen's Compensation said that with all of its inadequacies no one would conceivably resuscitate the tort liability system as it applies to industrial accidents.

Okay, we did all this. But would you believe it we stopped and we left the tort system intact for all other forms of accidents. Absolutely crazy. After the institution of workmen's compensation, we started to have auto accidents at a pace which dwarfed even industrial accidents, and what did we do about it? We kept arguing endlessly after every auto accident whether the guy was doing 35 miles an hour instead of 30, and did the pedestrian look both ways, and we spent all the money arguing these trivial matters rather than paying people money when they got hurt, which I had assumed was the purpose of insurance -- not to pay us lawyers to argue whether someone was going 40 miles an hour instead of 41 miles an hour, or 35 miles an hour. You never learned that for a generation, two generations, three generations. Finally in 1960 somebody said, "Jesus, this is a crazy system we have got here. All the money is going to insurance companies and lawyers. Can't we do something about it?" Well, there have

> been studies for years showing how this system was a disaster starting in 1930....And, finally, slowly, grudgingly, states started to enact no-fault laws and they are working....Keep in mind that what happened with workmen's compensation and what happened with no-fault, and with all the problems the systems work a hell of a lot better than the tort system. And you must never forget that....But you see, the colour of the present system is that it combines the two worst things you can have. It combines waste and want. Now think about that. Either one of those things is very bad. We all agree waste is bad...but waste is not so bad if it is not something somebody might want. And this system seems to be inextricably married to those things. We spend all of this money litigating these essentially trivial matters, while people go unpaid for desperate losses....I think that we as lawyers have immersed ourselves in a situation where we are not productive. On a case by case basis, we do help our clients, we do help people individually get paid. But since the turn of the century when any objective observer has come in to look at the tort system, be it government official, be it foundation, be it journalist, be it a government study, anybody who looks at it says it is a disaster, a disaster. And we lawyers have refused to recognize that. And it is a disaster. And you are to take it as a disaster and look for ways to change that compensable event and make it more manageable. And if you don't you will have wasted your time.[16]

The IATF, of course, did not take O'Connell's advice to heart. They chose instead to tinker with tort and recommended a series of modifications to the strict liability tort litigation system. Canadian law reformers and legislators, however, can be more ambitious. Intelligent, compassionate and cost-effective law reform is not beyond our grasp. With a little effort, a rational and integrated universal accident compensation system can be achieved.

Notes

1. Evidence compiled in Manitoba (1977). Described and summarized in Welsh (1980) at B-8.

2. CUPE Brief (1980).

3. Id.

4. O'Connell (1979) at 140.

5. See supra, Chapters V and VI.

6. Woodhouse J., in Symposium (Calgary) (1979) at 32-33:

> [We] examined every damage award in the New South Wales Supreme Court in 1972, with a view to comparing the amount given by judges, once or twice by juries, with the capitalized amount which would have been given for the very same injury under our proposed scheme. The study produced astonishing results, the reason being that our periodic payments were to be indexed against inflation. Here are the figures, checked by independent actuaries from one of the commercial concerns, the first figure each time being the damages actually awarded. In the first case, a young boy was awarded $88 872; he would have received $160 000 under the proposed scheme. In the second, $54 735 was awarded; $82 600 under the scheme. The third was a case of contributory negligence, the award being $5 114 though actual damages were assessed at twice that figure; under the scheme the victim would have received $10 000, which closel approximates the actual damages. The next case involved $8 632; $30 600 under the scheme. The next: $141 643 as opposed to $158 900. And in the final case, again one of contributory negligence, $13 913 as opposed to $32 900. I mention these figures because, from an economic point of view, there really is no possible argument against a compensation scheme as the administrative savings ($1 million a day) are so large and the schedule of benefits so reasonably satisfactory.

7. See, for example, Mackenzie (1975), Posner (1977) and Stoljar (1973).

8. See supra, Chapter VI.

> been studies for years showing how this system was a disaster starting in 1930....And, finally, slowly, grudgingly, states started to enact no-fault laws and they are working....Keep in mind that what happened with workmen's compensation and what happened with no-fault, and with all the problems the systems work a hell of a lot better than the tort system. And you must never forget that....But you see, the colour of the present system is that it combines the two worst things you can have. It combines waste and want. Now think about that. Either one of those things is very bad. We all agree waste is bad...but waste is not so bad if it is not something somebody might want. And this system seems to be inextricably married to those things. We spend all of this money litigating these essentially trivial matters, while people go unpaid for desperate losses....I think that we as lawyers have immersed ourselves in a situation where we are not productive. On a case by case basis, we do help our clients, we do help people individually get paid. But since the turn of the century when any objective observer has come in to look at the tort system, be it government official, be it foundation, be it journalist, be it a government study, anybody who looks at it says it is a disaster, a disaster. And we lawyers have refused to recognize that. And it is a disaster. And you are to take it as a disaster and look for ways to change that compensable event and make it more manageable. And if you don't you will have wasted your time.[16]

The IATF, of course, did not take O'Connell's advice to heart. They chose instead to tinker with tort and recommended a series of modifications to the strict liability tort litigation system. Canadian law reformers and legislators, however, can be more ambitious. Intelligent, compassionate and cost-effective law reform is not beyond our grasp. With a little effort, a rational and integrated universal accident compensation system can be achieved.

Notes

1. Evidence compiled in Manitoba (1977). Described and summarized in Welsh (1980) at B-8.

2. CUPE Brief (1980).

3. Id.

4. O'Connell (1979) at 140.

5. See supra, Chapters V and VI.

6. Woodhouse J., in Symposium (Calgary) (1979) at 32-33:

> [We] examined every damage award in the New South Wales Supreme Court in 1972, with a view to comparing the amount given by judges, once or twice by juries, with the capitalized amount which would have been given for the very same injury under our proposed scheme. The study produced astonishing results, the reason being that our periodic payments were to be indexed against inflation. Here are the figures, checked by independent actuaries from one of the commercial concerns, the first figure each time being the damages actually awarded. In the first case, a young boy was awarded $88 872; he would have received $160 000 under the proposed scheme. In the second, $54 735 was awarded; $82 600 under the scheme. The third was a case of contributory negligence, the award being $5 114 though actual damages were assessed at twice that figure; under the scheme the victim would have received $10 000, which closel approximates the actual damages. The next case involved $8 632; $30 600 under the scheme. The next: $141 643 as opposed to $158 900. And in the final case, again one of contributory negligence, $13 913 as opposed to $32 900. I mention these figures because, from an economic point of view, there really is no possible argument against a compensation scheme as the administrative savings ($1 million a day) are so large and the schedule of benefits so reasonably satisfactory.

7. See, for example, Mackenzie (1975), Posner (1977) and Stoljar (1973).

8. See supra, Chapter VI.

9. Id.

10. Welsh (1980) at B-8.

11. CUPE Brief (1980).

12. Star (1979).

13. Id., at 129-30.

14. Welsh (1980) at B-8.

15. Supra, note 15, Chapter I.

16. O'Connell, in IATF (1976) at 221-36.

Chapter VIII

UNIVERSAL ACCIDENT COMPENSATION: THE TEN MOST COMMON CONCERNS

The argument for universal accident compensation has thus far proceeded rather straightforwardly with a minimum of detour or tangential explanation. Several of the more obvious questions or objections to first-party no-fault have not yet been dealt with. This chapter will try to respond to what are probably the ten most common concerns about universal accident compensation. In this way some of the gaps that were left open in the preceding chapters can be filled, and some of the less legitimate concerns about first-party no-fault can be resolved.

1. Moral Hazard: "Won't Universal No-Fault Mean Universal Carelessness?"

This is one of the first questions that people ask when the universal accident compensation proposal is described. A great many people believe that comprehensive no-fault compensation will simply make it easier for people to be careless. Economists call this the "moral hazard problem": the more one is insured against risk of injury, the less one will find an incentive to take care. In terms of supply and demand, moral hazard comes down to this: as the price of carelessness goes down, the demand for it goes up. Because first-party no-fault is so comprehensive and because premium payments are relatively non-individualized, the concern is that injuries would increase so that safety-conscious individuals would end up subsidizing their less careful neighbours.

Much of this analysis depends, of course, on a "market" view of personal injury that hinges largely on risk-calculation efficiency. But we know from Chapter VI and our discussion of the recent psychological literature on human risk taking that the "rational risk calculator" assumption underlying moral hazard marginality analysis is not very useful in the area of personal health and safety. The psychological data confirm what one might have determined intuitively -- it's very hard to believe that people would gladly suffer personal injury just to obtain a fairly modest level of financial compensation. Professor Robert Dorfman made the same point, although somewhat more colourfully, when he said:

> I do not question that people will eat more apples if the price falls. But I do question that they will eat more apples or wash them less carefully if the Apple Growers' Association, for example, should undertake to indemnify all the people who suffer arsenic poisoning from eating apples.[1]

Most people who voice the concern about moral hazard seem to forget that we already have an extensive network of no-fault reparation for personal injury suffered in the work place or in an automobile accident. No data to date suggest that the per capita per hour injury rate is higher in the no-fault work environment than it is elsewhere. The best data we have suggest, if anything, exactly the contrary.[2]

Even if one could establish greater no-fault related carelessness "on the margin," the relevant question would be, "How many are there at the margin?" Would the benefits of a rationalized no-fault compensation scheme still outweigh the relatively minimal cost of subsidizing the careless few? The answer would probably be in the affirmative. And if the data reveal that the margin is quite thick (and that the risk psychologists were wrong), then the moral hazard problem could be mitigated through premium differentiability or "penalty rating." If future computer technology becomes so refined that we can de facto enumerate and identify the moral hazard "culprits," individually calibrated penalty rating will become relatively simple.

Either way, whatever the marginalists discover when they do battle with the psychological literature, moral hazard is not a major problem in the personal injury area.

2. Affordability: "Can We Afford Universal Accident Compensation?"

Another popular misconception about comprehensive no-fault is that it would bankrupt our society or at least severely drain our financial resources. Advocates of universal accident compensation, however, have long maintained that comprehensive no-fault would not, in fact, cost society any more money but would simply make use of the money that would be diverted from tort to finance the expanded no-fault coverage. Indeed, they have argued that there would be a net saving in the adoption of universal accident insurance.

Prima facie, the latter argument seems to be the more sensible one. No-fault compensation savings would come from the elimination of: (1) the need to litigate "fault" or "defect," (2) the practice of duplicate payments for losses covered by collateral sources, (3) the determination of "pain and suffering" awards, (4) over-insurance and insurance "leakages," and (5) unnecessary administrative overlap.

Recent studies now confirm the net savings prognosis. New Zealand was able to finance the transition to universal accident compensation with only minimal financial dislocation.[3] Australian data indicate that the adoption in that country of a similar scheme would result in a saving of "around $1 million a day."[4] The Pearson Commission concluded that a move to comprehensive no-fault in the United Kingdom would yield an annual overall saving of £84 million.[5] In Canada, a recent study has found that an integrated accident compensation plan paying out individual income benefits to an annual maximum of $25 000 would only cost taxpayers about 2 per cent of earnings.[6]

Simply put, the affordability problem is clearly refuted by the empirical evidence. Nor should that be surprising. After all, in terms of needless financial waste, it would be hard to beat what we have today. As Terry Ison put it: "It is surely paradoxical that concern about costs should be raised to justify the perpetuation of the most wasteful and inefficient system yet conceived."[7]

3. The Concern about a "Huge Bureaucracy"

Universal accident insurance, some say, would mean yet another layer of bureaucracy in a government structure that is already too impersonal and too legalistic. The concerns about government growth and "big brotherism" are legitimate ones, particularly today when citizen apathy and alienation are serious social problems.

The candid answer to the allegation that comprehensive no-fault would mean more government is yes, it would. But it need not mean a large, monolithic bureaucracy. Universal accident compensation could be organized around existing structures -- provincial health insurance, workers' compensation, etc. — with a decentralized and regionalized administrative structure. Or, it could be fully integrated into an omnibus, centrally administered accident compensation program. This is simply a question of institutional design. Bureaucratic "hugeness" is not a necessary consequence of first-party no-fault.

Anyway, the potential for bureaucratic impenetrability is even greater today with our current jumble of inconsistent and overlapping government-operated compensation plans. Rationalization and integration could only help to further citizen awareness and accessibility.

Furthermore, surely the appropriate test with regard to bureaucracy is not size but administrative fairness and overall efficiency. A carefully defined and administered accident compensation plan has to be, on balance, fairer than tort arbitrariness,[8] and Chapter V has shown that the comparative cost-effectiveness of no-fault is substantial — administrative costs are only 7 to 12 cents per premium dollar compared to 50 cents with tort.[9]

As for the concern that universal accident compensation will result in an increase and not a decrease in "legalism," New Zealand's experience is relevant. There, a study has shown that the vast majority of compensation claims are being processed quickly and fairly, without undue delay or adjudication. In fact, of the 130 000 or so claims in 1977, for example, only 2 689 claimants applied for a review, and of these only 807 proceeded to the hearing stage. Thus in only 0.6 per cent of the personal injury claims was there even a hearing.[10] Professor Geoffrey Palmer describes the overall process as "simple" and decidedly non-legalistic:

While the details of some of the review cases provide en-

> livening social interest, it is remarkable how wooden and devoid of legal interest are the issues the cases represent. Gone are the great issues of fault. The overwhelming impression to be gleaned from reading the decisions is how simple it all is. There are few cases that cannot be disposed of in two or three typed pages. The whole panoply of the Westminster type trial has been stripped away. There is no mystique and precious little drama about the new accident law. But a lot of people who received nothing under the old systems are being compensated and compensated quickly.[11]

4. Non-economic Losses: "What about My Right to Claim for Pain and Suffering?"

Nearly all of the first-party no-fault advocates would abolish claims for non-economic losses such as "pain and suffering." Their reasons are two-fold: (1) non-economic losses cannot be measured in dollar terms with any degree of accuracy or objectivity, and (2) the elimination of such claims will release more money for economic loss compensation, a more easily measurable and hence a fairer head of recovery.

Some legal commentators, however, have voiced an objection to any universal accident compensation plan that denies an aplicant his "common law right" to be compensted for all losses including the non-economic ones such as pain and suffering. It is interesting that this defence of the pain and suffering claim comes mainly from lawyers. In New Zealand, the lump-sum pain and suffering provision was inserted into that country's Accident Compensation Act "largely at the behest of lawyers."[12] The Accident Compensation Commission now handles about 12 000 pain and suffering claims each year, with lawyer involvement in most of them.[13] Does this tell us something about the real reason behind the lawyers' devoted defence of pain and suffering?

Ordinary people, in fact, rarely get all that excited about the pain and suffering claim. Most don't even know about it. When given the choice, in a recent American survey, most accident victims said they would prefer the relative certainty of payment under no-fault for all economic losses over a gamble for payment of these losses as well as pain and suffering via tort litigation.[14] "Accident victims perceive what lawyers do not -- that accidents are just that. And what accident victims want is prompt payment for their real out-of-pocket losses with a minimum of fuss and argument."[15]

A recent public opinion survey conducted by the Michigan Insurance Bureau determined that 79 per cent of the public today would favour the curtailing of pain and suffering compensation in order to provide more adequate medical and wage-loss benefits.[16] This overwhelming preference for prompt, assured payment of out-of-pocket economic losses over the tort litigation gamble for the pain and suffering bonus was also documented in an extensive survey of Illinois accident victims.

Professor Jeffrey O'Connell explains:

> [A]n Illinois survey of even those who were successful in pursuing a fault-finding claim against a third party showed how few of them knew about, learned about, or cared about being paid for pain and suffering. Almost three-quarters of the accident victims surveyed did not know about or expect to receive payment for pain and suffering at the time of the accident; nor did most of them ever learn about it, even if they were represented by a lawyer! It may be because lawyers take their fees out of payment for pain and suffering that they fail to inform their clients about such payment. Indeed this raises an answer to lawyers' protest against taking away a victim's payment for pain and suffering: It isn't so much victims who miss such payment as their lawyers.
>
> The Illinois study also found that accident victims didn't learn whether they had been paid for pain and suffering. Among those who had been paid more than four times their economic loss (and thus had been compensated relatively generously for their pain and suffering), only 34 percent thought that they had been paid for their pain. Nor was there any correlation between the amount of pain suffered and the amounts paid for it.
>
> Also significant was how little difference payment for pain and suffering made to accident victims emotionally. Very few victims ended up with any feeling of resentment against those who had negligently injured them. Whether they were paid for pain, or how much, had no significant bearing on any feelings of resentment about the accident. Nor indeed did payment for pain and suffering significantly affect other attitudes toward the accident, such as how satisfied the victim was about his treatment by the other party's insurance company. In addition, whether victims thought they were paid for pain and suffering had no effect on their attitudes about the accident, about the party negligently causing it, or about the other party's insurance company. Nor did the belief that payment for pain had been received assuage any pain experienced. In short, most accident victims are ignorant of, and indifferent to, payment for pain and suffering.[17]

Of course, the adoption of first-party no-fault does not necessarily require the abolition of claims for non-economic losses. A lump-sum pain and suffering award could be provided even in a no-fault compensation context. As noted earlier, this is what the New Zealand legislature did in their accident compensation enactment. Although provision for pain and suffering claims is statutorily possible, this paper would not recommend it. The objections to including a non-economic loss category in a scheme of comprehensive accident compensation are these:

(1) The method of "calculating" the appropriate pain and suffering award is without principle and inherently arbitrary. (The absurdity of the whole process was described in some detail in Chapter V.)

(2) Because the method of calculation is unavoidably unprincipled and thus unpredictable, pain and suffering claims breed litigation, a costly and counterproductive feature of no-fault compensation. In New Zealand, for example, the litigious dimensions introduced by the pain and suffering provision have caused many commentators to press for its repeal.

(3) The only benefactors of non-economic loss protection appear to be lawyers. The average victim would prefer prompt, relatively certain no-fault compensation. A New South Wales study shows that no-fault awards without a pain and suffering component are substantially larger than tort awards with pain and suffering.[18]

(4) The elimination of all non-economic loss claims would release more money for higher levels of economic loss compensation. This accords with public preference.

(5) With the implementation of a well-designed and relatively predictable universal accident compensation scheme the "need" for non-economic loss protection may disappear. Researchers have found that "[n]o-fault insurance by paying promptly for losses, including for medical treatment to relieve pain, probably does a lot more toward alleviating pain and suffering than the fault-finding system."[19] Neuropsychiatric studies have found that "[n]o-fault insurance has the benign effect of reducing the psychic shock, strain and subsequent 'traumatic neurosis' encountered by accident victims."[20]

(6) If pain and suffering awards are "needed" in order to "punish" the tortfeasor, a far more appropriate and more effective deterrence would be a criminal sanction such as a fine or imprisonment.

The question of non-economic loss awards was thoroughly explored by the Ontario Select Committee on Company Law in its Second Report on Automobile Insurance. Its conclusion is sensible:

> The Committee recognizes that the arguments on both sides of the debate regarding non-economic losses are matters of judgment. It also recognizes that, if a no-fault system is to accommodate payments for pain and suffering and other non-economic losses, it can only do so by way of arbitrary nominal payments. Unspecified allowances for non-economic loss payments on a first-party basis would re-introduce an adversary situation between the insurer and his own insured in determining the appropriate amount of such payments. Accordingly, any decision to retain the payment of full damages for non-economic loss would seem to be best accommodated under the tort recovery system.[21]

5. The Deterrence Concern: "How Would You Promote Product Safety?"

We know from our discussion in Chapter VI that even in a "fault" or tort litigation environment the potential for achieving deterrence efficiency through the market-liability mechanism or, failing that, through premium variability, was either minimal or nonexistent. The concern about product safety is understandably even more acute in the context of a fault-free universal compensation system. If penalty rating will not work (and our best evidence to date suggests that it won't[22]), how will a universal accident compensation scheme cope with the hazardous product problem? If market or "general" deterrence is not available, how will product safety be promoted and regulated? The answer, of course, is via "specific" deterrence: government product safety regulation.

Effective government product safety legislation is a necessary complement to universal first-party no-fault. Can this kind of government intervention be justified? Of course it can. A legitimate rationale for most kinds of government regulation is market failure.[23] The four most common types of market failure are due to: (1) spillover effects or externalities, (2) imperfect information, (3) natural monopoly, and (4) "destructive" competition.[24] In the product safety/personal injury area, both the externalities rationale and the imperfect information rationale would legitimate some degree of government intervention. We know that the full social cost of product injuries are not internalized by the product's manufacturer. A combination of third-party liability insurance and first-party health insurance, not to mention the assorted leakages and distortions discussed earlier in Chapters V and VI, results in a sizeable degree of "externality." Specific government product safety regulation would help redress the balance. The manufacturer of hazardous or unreasonably defective products would be deterred not by the subtleties of "internalization" but more directly through product safety regulation.

A second and even more persuasive rationale for government intervention in this area is information market failure.

> Inadequate information is a frequent cause of market failure. Because of increasingly specialized and complex technology, the relative value of many goods and services can no longer be judged from their observable characteristics. Producers and suppliers are better informed than consumers about what is for sale, and by whom, and about the significant attributes of competitive goods and services; it is sometimes in their interest to publicize these facts. But in other circumstances there are incentives not to disclose facts and even to disseminate misleading information. A lower price may lead to higher sales so long as use-hazards or limited durability are not disclosed or are misrepresented. Governments appear to have justification for *regulatory intervention* in the form of labelling requirements, mandatory specifications, and the licensure of production or distribution or both.[25]

Recent experience with "exploding" Coke bottles and Pinto gasoline tanks tragically confirms the nature and the extent of market failure in the area of product safety information. Here again, specific government product safety regulation would provide a significant level of protection.

Not surprisingly, most modern governments have not hesitated to intervene legislatively, with the result that government product safety regulation is a common, modern-day occurrence. In Canada, we have no fewer than 16 federal laws and 155 provincial laws that have as their primary concern the regulation of product safety.[26] The most important and well-known examples are at the federal level. The Food and Drug Act,[27] first introduced in 1890, provides an extensive regulatory scrutiny of various foods, drugs, therapeutic devices and cosmetics. Through a combination of outright prohibition and detailed regulation, the Act attempts to ensure a reasonably safe market for the manufacture and sale of the affected products and devices. The Hazardous Products Act[28] is a more recent federal initiative. Enacted in 1969, this Act provides for an outright prohibition of certain hazardous products and a fairly detailed degree of quality, labelling or packaging regulation for other less hazardous products. Recent federal initiatives with respect to baby cribs, children's car seats and 1.5 litre Coke bottles have all been under the wide-ranging jurisdiction of the Hazardous Products Act. A third example of visible and familiar federal legislative regulation deals with automobile and tire safety. The Motor Vehicle Safety Act[29] and the Motor Vehicle Tire Safety Act[30] took effect, respectively, in 1971 and 1978. Both pieces of legislation are concerned with setting and enforcing automobile and tire safety standards. Although federal officials do not have the power to order "recalls," a combination of extensive search and seizure powers, stiff penalties for non-compliance and informal moral suasion seems to achieve the desired results in most of the cases.[31] There are, of course, several other federal product safety laws -- for example, the Explosives Act,[32] the Radiation Emitting Devices Act,[33] the Pest Control Products Act[34] and numerous product-specific standards laws[35] -- but they are less important. Provincial legislatures, as noted earlier, have also enacted legislation that prescribes product quality standards in such areas as home building,[36] environmental protection,[37] gasoline handling[38] and upholstered furniture.[39] Still other examples at both the federal and provincial levels could be found, but the point is made. There exists today at both levels of government, and particularly at the federal level, an extensive legislative network of product safety regulation.

With the adoption of universal accident compensation, this existing regulatory environment will have to be reviewed and evaluated. Consumer protection against hazardous or defective products will largely depend on the design and overall effectiveness of government product safety laws. Various questions will require careful study. Are we satisfied with what we have today? Is government product safety regulation working effectively? Or do we need stronger legislation that would give the appropriate government bodies a wider range of regulatory or

administrative powers? If institutional re-design is necessary, how exactly should we go about it?

No answers are about to be offered at this point. Clearly the obligation to review product safety legislation for market impact and cost-effectiveness is a major undertaking. Some work is already underway. The federal Treasury Board has published a series of cost-benefit case studies of various federal product safety regulations.[40] The Economic Council of Canada has embarked on a major review of government regulation in Canada.[41] Product safety will be an important part of this Regulation Reference. More recently, a Parliamentary Task Force on Regulatory Reform has been instructed "to examine and report upon government regulations in order to minimize the burden on the private sector, including: the objectives, effectiveness, economic impact and expanding scope of such regulations; alternative techniques for achieving regulatory objectives; and ways by which overlap of federal and provincial jurisdictions may be eliminated."[42] The report of the Task Force was submitted to Parliament early in 1981.

Building on these foundations, a serious examination of government product safety regulation could prove extremely illuminating. We may decide that what we have today is working quite well. Or we may be persuaded that some modification or even fundamental re-design is necessary. Whatever we decide, it will undoubtedly be with the full understanding that the only viable deterrence mechanism in this area of product safety is government regulation. The only question (and admittedly an important one) is institutional design.

6. Freedom of Choice: "Does No-Fault Have to Be Compulsory?"

Even those who have been persuaded on the merits that no-fault accident compensation is a sensible development may occasionally voice the concern about voluntariness. Does no-fault necessarily have to be compulsory? Why couldn't no-fault insurance be traded and utilized on a voluntary basis? Manufacturers could elect to provide no-fault insurance coverage if they so decided; individuals could choose to purchase no-fault protection if they were so inclined. Yes, voluntariness could be retained, but at what cost? The best evidence we have today suggests that universal accident compensation to be effective would also have to be compulsory. Although there has been a great deal of debate in the literature about voluntary or "elective" no-fault,[43] much of it is ill-informed.

Consider first the literature that focuses on the freedom of choice question from the manufacturer's perspective. The argument that product manufacturers should be able to "elect" whether and to what extent they would want to provide no-fault protections to their product users is largely the brainchild of Professor Jeffrey O'Connell. In Ending Insult to Injury, an impressive work published in 1975, O'Connell developed in detail the "elective no-fault" idea. It would work some-

thing like this: any manufacturer who wanted to do so could offer a stipulated level of no-fault protection for certain kinds of product-related injuries. For example, a manufacturer of power tools could elect no-fault for arm and leg injuries but retain tort doctrines for other injuries. The level of no-fault coverage for each would also be stipulated. If the injured purchaser or user chose the no-fault compensation option, he would be limited to the prearranged (contractually or via express warranty) no-fault terms. Tort litigation would be precluded; non-economic losses would not be compensable.

The advantage to the accident victim, says O'Connell, would be prompt, predictable compensation. The incentive for a manufacturer to offer a no-fault compensation option would be in the money that could be saved by avoiding tort litigation and by stipulating modest no-fault ceilings for certain kinds of high-risk injuries.

Why did Jeffrey O'Connell, a longtime critic of tort and an advocate of universal no-fault, choose to develop this third-party elective no-fault proposal? The primary reason was political. The likelihood that American legislators, who have yet to accept the need for an equitable workers' compensation system or a national health insurance plan, would seriously consider universal accident compensation was simply too remote. A comprehensive accident insurance scheme, said O'Connell, was politically unfeasible, whereas "elective" no-fault was at least a step in the right direction.

Unfortunately, third-party elective no-fault wouldn't work. The major problem is that interested manufacturers would be able to place their most expensive and high-risk injuries under a very modest no-fault umbrella while leaving other injury risks to the vagaries of tort. There is absolutely no guarantee that a comprehensive or fair-minded compensation level would be achieved. Indeed, the opposite would appear to be true. Compensation would be spotty and inadequate; the debate over no-fault inclusion or exclusion would only breed litigation; the procedural wrangle between electing and non-electing defendants would breed even more litigation. In sum, none of the objectives of sound accident theory would be satisfied. Instead, as Professor Victor Schwartz put it, "new problems [would] have been substituted for old."[44]

The criticism of O'Connell's third-party elective no-fault proposal was unrelenting.[45] By 1979, O'Connell had modified this proposal substantially. In The Lawsuit Lottery,[46] he decided to shift the election option from suppliers to insureds. The concluding chapters of this otherwise brilliant indictment of products liability litigation are devoted to developing and describing how his new proposal, first-party elective no-fault, would work. This time the insurance companies themselves would underwrite first-party no-fault coverage for interested individuals. Any litigable claims arising out of an insurance-protected injury would be assigned to the insurer, who would then take legal action against the tortfeasor and would retain any damages recovered. As O'Connell explains:

> Elective no-fault insurance permits the insurance industry to harness the fault finding system to its own and the public's advantage....[F]ar from requiring vast and revolutionary ges of the type enacted in New Zealand, writing no-fault 'nsurance contracts with a simultaneous purchase of the insureds' fault-finding claims need not await statutory authorization. Elective first-party no-fault can be implemented by mutual agreement of the parties victimized by the legal system, bypassing the lawyers who really are the only beneficiaries of the legal system they have devised. Elective no-fault, being implemented by private parties of their own volition, can be applied where it looks likely to work and ignored when it won't; an accurate check on costs and benefits can be kept every step of the way.[47]

This first-party proposal does not suffer from the same deficiencies as the earlier third-party idea. Problems such as adverse selection or extensive victim litigation would not materialize. But first-party elective no-fault would still necessitate some degree of litigation. Even though the litigation would involve insurers rather than victims, the overall social cost would still be substantial. And to what end? Compensation would still be spotty and inadequate. Not everyone in our society could afford to purchase first-party no-fault protection. How meaningful is the "choice" that people with low incomes would have? If the answer is to subsidize the poor via guaranteed income schemes so that all could "choose" to sensibly purchase first-party income security insurance, why not just provide compulsory coverage?

Furthermore, if everyone who could afford it would in fact purchase no-fault accident insurance protection, how genuine is the concern about voluntariness? As Professor Marc Franklin observed, "If some social gain is found in a rule that everyone must eat, how important is the objection that a few individuals, fully intending to eat, demand the freedom to starve?"[48] Perhaps too much has been made of this notion of "choice," especially in the area of personal injury compensation where we as a society have already eliminated a great deal of choice. One cannot, for example, "choose" to receive one's entitlement to periodic workers' compensation payments or weekly unemployment insurance benefits in one easily capitalized lump sum. But, as Professor Reuben Hasson points out:

> If freedom of choice is so worthy, it should be extended to people receiving workers' compensation, unemployment insurance, Canada Pension, etc. They should be able to request some tribunal to grant them a capital sum: "I'm now 65 and I want my next 10 years' Canada Pension Plan benefits, and I'll contract not to claim from you again," or, "I'm unemployed; please predict the length of my unemployment and give me a capital sum." The margin of error in unemployment insurance would be less than it is in tort. In tort, it may be 25 to 30 years; in unemployment insurance it could never be more than

> one year, since 12 months is the maximum period for which one can receive payments.[49]

People are not allowed this choice, nor should they be. Reuben Hasson again remarks:

> People are not allowed the choice of a capital sum. And for very good reason; we do not wish to arrive at the wrong amount. Instead we wish our programs to achieve their objectives and creating additional lotteries is not one of these objectives.[50]

Finally, the prospects for a financially viable no-fault private insurance market (and a voluntary scheme would be operated by private insurers) are dismal, to say the least. This point is further developed below.

7. The Overall Design Question: "Does It Have to Be State-run?"

The concern here is not about voluntariness or government bureaucracy. Rather, it is the belief that the private insurance market could operate a comprehensive and compulsory accident compensation scheme, and the suspicion that the preference for government ownership is based solely on ideological grounds.

Theoretically, of course, a first-party no-fault compensation plan could be operated by private insurers. In fact, we know that even with limited no-fault requirements, in six provinces the private insurance industry still handles automobile insurance.[51] Private insurance and no-fault compensation are not inherently incompatible. Nor is it obvious that government operation of injury compensation schemes is either necessary or desirable. The Ontario Select Committee on Company Law, for example, although sensibly recommending the adoption of no-fault automobile insurance, was not in favour of government ownership or operation:

> [T]he Committee has concluded, after weighing the various characteristics of the government automobile insurance systems, that Ontario can be better served under a system of automobile insurance operated within the private sector than by the adoption of a government automobile insurance system.[52]

Even though one can find in the literature the odd vociferous defence of private insurance as the preferable vehicle for the operation and administration of a universal accident compensation scheme,[53] most commentators believe that private operation of comprehensive no-fault "is doomed to failure."[54] The reason why the private insurance market cannot be counted on to maintain a workable accident compensation scheme relates both to the inherent institutional limitations of the private insurance market and to the extraordinary financial demands of effective

first-party no-fault. The latter, to be workable, requires a financial structure that has the capacity to provide inflation-proofed periodic payments on a long-term basis. The private insurance industry simply does not have this capacity. It cannot afford to give a long-term guarantee against future unknowns, most notably inflation. Nor does it have the kind of financing options that are available to the government. In particular, it cannot finance future obligations on a current cost basis. Unlike auto or life insurance, the long-range uncertainties of disability compensation compel government involvement. The case for state ownership rests on financial capability, not ideological preference.

> There appears to be a common assumption that, in the area of personal income security, choices between administration by the insurance industry or administration by government can be made by reference to political dogma. With automobile insurance, this is so. Coverage of the type prevailing in Canada today can be provided by the insurance industry, or by government. Life insurance is in a similar position. The insurance industry and government are both capable of administering life insurance, and it may well be rational for the choice to be at the option of the insured, or for a community preference to be formed by reference to some extrinsic factor, such as political views on where in society should lie the control over investment.
>
> But income insurance in respect of disability is not in the same position at all. For practical and actuarial reasons, the insurance industry does not and cannot offer to the public a system that provides universal coverage against disablement, and which pays benefits somewhere approximating the level of lost earnings for the duration of the disability. The provision of such a broad-scale insurance system by the insurance industry is simply not an available option. Administration by government is not, therefore, something that can be accepted or rejected as a matter of political preference. It is the only possible way of providing that coverage.[55]

8. Short-Term Strategies: "Wouldn't the Adoption of Strict Liability Be at Least a Step in the Right Direction?"

The acceptance, design and implementation of universal accident compensation is for most legislators still several years away. There are, as we know, a great many questions that have to be resolved and this will take time. While rationalization and integration is being debated and designed, there is a temptation to urge the adoption of strict liability as being "better than nothing" or at least "a step in the right direction."

Professor Stephen Waddams, for example, argues that "the de-

velopment of strict liability will in no way prejudice the enactment of a comprehensive accident compensation scheme" and suggests that even though comprehensive accident compensation may well be the best possible development, "there is no reason to allow the best to be the enemy of the good."[56] The Ontario Law Reform Commission also makes it clear in its Report on Products Liability that the enactment of strict liability "is [not] intended to be inconsistent with the possible ultimate adoption of [universal accident compensation]."[57] And we know that at the very least a strict, supplier, tort-based liability rule would help rationalize or eliminate the many anomalies that can be found in our existing law of sales and products liability.[58]

Nonetheless, the current academic obsession with strict liability tort reform has to be resisted and discouraged. The adoption of strict liability is neither a desirable nor defensible short-term strategy. In the first place, given what we know about tort's overall irrelevance to the vast majority of injured Canadians, the focus on tort reform is arbitrary and morally indefensible.[59] Secondly, this unprincipled desire to tinker with tort will only perpetuate the existing chaos in accident compensation. The lack of coordination, the anomalies in coverage, and the wasteful duplication of administrative structures (not to mention the continuing financial drain of tort litigation) will continue. The number of people with a vested interest in the current conglomeration will be increased, and the initiative for more comprehensive reforms will be delayed and perhaps destroyed. And to what end? Strict liability, after all, is a trivial reform. Even the CLRC admitted that the adoption of a strict liability rule would be "a comparatively minor modification of the existing system."[60] The shift to de jure strict liability would have a negligible impact on plaintiff recoverability: a strict liability rule would increase the injured plaintiff's success rate by a mere 2 per cent.[61] When one recalls the tiny proportion of accident victims who institute litigation, the triviality of the strict liability reform becomes even more apparent. This is reason enough to resist its adoption. Worse still, though, is the potential that strict liability tort reform has for time-wasting debate. This is the final point here. The single most objectionable aspect of the current fascination with strict liability is that it will consume valuable institutional time and energy that could be utilized elsewhere. Instead of directing our energies to rational integration and the development of an equitable and efficient accident compensation system, we end up wasting our time debating irrelevant but expensive tort reforms.

When Chief Justice Meredith boldly proposed his plan for comprehensive no-fault workmen's compensation in 1913, there were some who still urged tort reform as a short-term strategy. The Meredith Commission, fortunately, was not persuaded by these appeals for half-step reforms. "Half measures which mitigate but do not remove injustice," said Meredith C.J.O., "are, in my judgment, to be avoided....it would be the gravest mistake if questions as to the scope and character of the proposed remedial legislation were to be determined, not by a consider-

ation of what is just to the workingman, but of what is the least that he can be put off with."[62] His words take on even greater force today. Strict liability as a "half measure" is not only fundamentally unprincipled, empirically trivial and institutionally wasteful, it is retrogressive law reform.

9. Disbelief: "If Strict Liability Is as Trivial as You Say, Why Is There So Much Controversy?"

It does seem surprising that a tort reform like strict liability that is trivial to the point of insult can generate so much controversy. But it has. In the United States, in Canada, in the United Kingdom and in Europe the work of the various task forces, law reform commissions and government study groups described earlier in Chapter I is creating considerable debate and controversy. The adoption of a generalized strict supplier liability rule will not be easy. The concerns of various vested interests will have to be assuaged and this will take time. It may be as long as five years before their various objections have been dealt with and resolved. Eventually, strict liability for defective products causing personal injury will be enacted. But five valuable years will have been wasted in resolving a controversy that should never have arisen.

The controversy that permeates strict liability is of two kinds. The first and perhaps the most vocal relates to products liability insurance concerns; the second, to overall legislative design. The first concern -- that strict liability will cause an insurance "crisis" in terms of both affordability and availability -- was discussed above in Chapter I. In the United States, the deteriorating insurance situation, thought to be attributable to strict liability, precipitated a major Inter-Agency Task Force study and numerous federal and state-level "reforms." Canadian manufacturers are afraid that a similar crisis in products liability insurance coverage could develop in Canada if strict liability is enacted.[63] Their fears, we know, are completely groundless. For a variety of reasons the adoption of strict liability will have little and probably no effect on the Canadian products liability insurance market. First, bear in mind what the IATF study concluded: that the American products liability insurance "crisis" was largely the result of panic pricing and poor insurer judgement, and that neither availability nor affordability was in fact a problem.[64] Even if the American experience had proved otherwise, it would be quite irrelevant to Canada. The American products liability environment is very different from the Canadian. Factors such as meagre workers' compensation laws, a constitutionally guaranteed right to a jury trial, large damage awards, attorney ad damnum privileges, the availability of punitive damages, and lawyer contingent fee arrangements make the American experience easily distinguishable. These factors are described in more detail in the Halpern and Carr study[65] and are also emphasized by the Ontario Law Reform Commission in its Report on Products Liability.[66] Both of these studies have also carefully examined the Canadian insurance market

and have concluded that the price of products liability insurance would not be affected by the adoption of a strict supplier liability rule.

Halpern and Carr:

> [I]t seems fair to conclude that insurance markets for product liability insurance will exist under strict product liability rules....[we would expect] very little change in insurance premiums.[67]

The Ontario Law Reform Commission:

> The empirical evidence...supports the conclusion that adoption of a principle of strict liability is unlikely to cause any marked increase in the cost of insurance premiums in Ontario.[68]

The concerns about insurance will eventually be alleviated. And then a second area of controversy will materialize: legislative design.

Here the concern of both product suppliers and consumer advocates will be the strict liability enactment itself: its shape, coverage, etc. The potential for extended debate and discussion in this area is even greater than was the case with insurance. Here no end of controversy will be generated around such questions as:

- What kinds of loss should be covered? Personal injuries? Property damage? Pure economic loss?
- What types of products? What about pharmaceuticals? Component parts? Natural products?
- What defendants? All suppliers? What about the non-business supplier?
- What plaintiffs? Purchasers only? All users? What about bystanders?
- What defences? State of the art? Compliance with government standards? Assumption of risk? Contributory negligence?
- What about limitation and cutoff periods?
- Disclaimer clauses and "contracting out"?
- Contribution and indemnity?
- Civil procedure questions: Trial by jury? Class actions?
- Conflict of laws questions: What about the extra-provincial supplier? Jurisdiction? Choice of Law?[69]

Finally these concerns about scope and coverage will also be resolved and a strict liability law will be enacted. But five valuable years will have gone by. Five years to achieve an unprincipled, trivial and ultimately retrogressive law reform.

Unfortunately, this scenario of controversial but trivial tinkering is quite predictable. As Jeffrey O'Connell wisely observed:

> It is the fascination of us lawyers with our own energetic and gallant ratiocinations -- ratiocinations that ignore the big issues while taking years and sometimes even generations to work out the small ones -- which has so largely caused the almost unimaginable grief that the tort liability system inflicts on everyone (except lawyers)....
>
> It is time we lawyers stopped kidding ourselves and our constituencies with our endless and largely futile ratiocinations which iron out the small contradictions and leave the big ones alone. It is time we turned to ambitious legislation for reform instead of relying so much on the tortured, tortuous, even torturing tort system with its case by case common law crawl -- a system from which professors derive so much fascination, law practitioners so much income, and the general public so few benefits.[70]

10. Frustration: "If the Case for Universal Accident Compensation Is as Clear as You Say It Is, Why Isn't Something Being Done about It?"

Some headway is being made. Quebec has established a full no-fault insurance scheme for auto-related injury. Meanwhile, in most provinces, the product injury problem is still being approached through the distorted lens of tort reform. Why is this happening? Why is it taking so much time for real law reform to begin? Three major obstacles stand in the way:

(1) Education takes time. Before universal accident compensation can become a reality, a great many misconceptions about no-fault and about tort have to be eradicated. Policymakers have to be made aware of the dimensions of the product injury problem and of the nature and the extent of the first-party no-fault compensation network that is already in place. The mythological capabilities and reputed relevance of the tort system have to be exposed and its serious and expensive deficiencies have to be acknowledged. Finally, the empirical research that is currently available and verifiable has to be studied and its implications debated. Eventually the logic of universal accident compensation will be accepted and appropriate legislation will be enacted. But it will require a substantial amount of education, and education takes time.

(2) The vested interest groups favouring a preservation of the status quo are powerful lobbyists. Two groups in particular have a huge financial stake in preserving the status quo: liability insurers and lawyers. The financial implications of universal accident compensation for private liability insurers are enormous. A large part of their income and investment base would be lost if universal accident insurance became a reality.

The extent to which the insurance industry is ready to do battle over even the adoption of strict liability (let alone universal accident insurance) is evident from the findings of a congressional committee that studied American insurance industry practices. The Sub-Committee on Capital, Investment and Business Opportunities of the House Committee on Small Business (the LaFalce Committee), in a report issued in March 1978, found that even reputable insurance companies were engaging in deceptive advertising, doctoring of data and other "irresponsible conduct" in an attempt to win Americans over to their point of view. Even the Insurance Services Office, a major rate-making organization, was found to have engaged in "misleading practices" -- inventing data, distorting unfavourable data, etc. The Sub-Committee's final report concluded that the insurers' behaviour was "outrageous."[71] Clearly, when the financial stakes are high enough, even blue-chip insurance companies can succumb to high pressure lobbying if not outright dishonesty. This is not intended as a reflection on the ethics of Canadian insurers. There is no reason to believe that similar behaviour would occur in Canada. The American experience is recounted more as a reminder that the insurance lobby is powerful and persistent and stands today as the primary political obstacle to rational law reform.

Less visible, and somewhat less powerful, although still a formidable vested interest, is the Canadian Bar. Lawyers also have an obvious and important financial stake in the existing system. As Professor Calabresi noted, "It is not surprising that some of the staunchest defenders of the justice of the fault system are those lawyers who grow fat on the inefficiencies of fault."[72] This may be putting the point somewhat harshly, but not inaccurately. Lawyers do have a large financial and philosophical stake in the existing system. Personal injury litigation provides a financially rewarding practice for many of them. Those lawyers that are not as dependent on tort for their income will couch their support of tort in terms of individual rights and common-law tradition. Years of legal education with its case-method teachings and its subtle indoctrinations about the institutional superiority and relevance of the common law have left their mark. It is the rare lawyer today that can overcome these doctrinal biases and distortions and objectively assess the overall capability and relevance of the common law, particularly in the area of personal injury. The few lawyers that have done so -- Terry Ison, Patrick Atiyah and Jeffrey O'Connell, for example, -- have managed to achieve a remarkable and compelling cholarship. Most lawyers, however, and unfortunately even those working with provincial law reform commissions, have yet to even read this literature or acknowledge its value. The financial and philosophical stakes are just too high.

(3) The absence of a strong pro-reform lobby. This may be the single most powerful impediment to the adoption of universal accident insurance in the foreseeable future. As Terry Ison points out:

> Possibly the greatest political difficulty...is not the strength of the interests that might be opposed to it but rather the absence of any lobby group to support it. Organized political activity by the disabled aimed at income security has generally been limited to a particular category of disabled people, and to organizations that seek the provisions or improvement of benefits under existing systems. With regard to a more advanced and comprehensive plan of social insurance, such as that mentioned above, the present victims of disablement are not organized for political action, and the future victims of disablement are not even identified.[73]

Until the trade union movement becomes involved with greater consistency and visibility, or until a new national organization materializes to lobby on behalf of universal disability insurance, the lobbyists reaching the ears of the legislators will continue to be unduly one-sided and inordinately influential.

Education, strong lobbies favouring the status quo, few groups advancing the need for reform: each of these factors may help account for the absence of responsible law reform in most of the provinces. There may, however, be a further reason, one that relates to the very nature of contemporary law reform. Professor Francis Cornford of Cambridge University has suggested that nothing really worthwhile is ever done "until everyone is convinced that it ought now to be done, and has been convinced for so long that it is now time to do something else."[74] Somewhat cynical but, to be sure, not totally invalid. There may be something in the dynamics of contemporary law reform that rewards triviality and irrationality and discourages real reform. Perhaps one day legal anthropologists will be able to provide some answers. Meanwhile, all one can do is present the evidence, marshall the arguments and hope for the best. Canadian policymakers may surprise us all and may dump the strict liability nonsense into the dustbin, where it belongs. More likely though, even with the abundance of data and documentation that we already have, universal accident compensation will have an uphill fight. The fight will be won eventually but it may take years, perhaps even decades. In the meantime, as Patrick Atiyah put it, "one can only press on in the faith that ultimately rationality must prevail."[75]

Notes

1. Dorfman (1970-71) at 102.

2. Home accidents in fact are more frequent and more injurious. See supra, Chapter I.

3. Supra, note 16, Chapter II, and accompanying text.

4. Woodhouse J., in Symposium (Calgary) (1979) at 32.

5. The calculations are detailed in Atiyah (1979) at 242.

6. CUPE Brief (1980).

7. Ison (1977b) at 400.

8. See generally the analysis developed in Chapters V and VI. But some problems still remain. See, for example, "WCB Called a Biased, Nightmarish Jungle, by OFL," Globe and Mail (Aug. 27, 1980) at 1. Discussed infra, Chapter IX.

9. See the evidence itemized in Chapter V.

10. Szakats (1978) at 1.

11. Palmer (1977) at 3.

12. Id., at 25.

13. Id., at 19-25.

14. O'Connell (1975b) at 115.

15. Id.

16. Discussed in O'Connell (1979) at 173-74.

17. Id., at 194.

18. Woodhouse J., in Symposium (Calgary) (1979) at 32-33.

19. O'Connell (1979) at 195.

20. Id., at 196.

21. Ontario Select Committee on Company Law (1978) at 51.

22. Atiyah (1975a) at 520 and 550 and Ison (1967) at 92-93. Professor Geoffrey Palmer advocated penalty rating for the New Zealand scheme but has since changed his mind. He now believes that premium variability does not work. See Palmer (1977) at 34-36.

23. Economic Council of Canada (1978). Also see Trebilcock and Prichard (1978).

24. Economic Council of Canada (1978) at 17.

25. Economic Council of Canada (1979) at 14.

26. Id., at 6.

27. R.S.C. 1970, c. F-27, as amended.

28. R.S.C. 1970, c. H-3, as amended.

29. R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 26, as amended.

30. S.C. 1974-75-76, c. 96, as amended.

31. Steinecke (1980a) at 9-10.

32. R.S.C. 1970, c. E-15, as amended.

33. R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 34.

34. R.S.C. 1970, c. P-10.

35. For example, the Canadian Agricultural Product Standards Act, R.S.C. 1970, c. F-31; the Canada Dairy Products Act, R.S.C. 1970, c. D-1; the Livestock and Livestock Products Act, R.S.C. 1970, c. L-8, and the Meat Inspection Act, R.S.C. 1970, c. M-7. See Steinecke (1980a) at 4.

36. An Ontario example is the Building Code Act, S.O. 1974, c. 74.

37. For example, the Environmental Protection Act, S.O. 1971, Vol. 2, c. 86. This Act provides a regulation of milk and soft drink containers in addition to its more obvious objectives.

38. For example, the Gasoline Handling Act, R.S.O. 1970, c. 189.

39. For example, the Upholstered and Stuffed Articles Act, R.S.O. 1970, c. 474, as amended.

40. See, for example, Treasury Board (1978) and (1980). Cost-benefit case studies of uranium radiation regulations, insulation requirements, petroleum refinery effluent regulations and energy consumption refrigerator labelling requirements have also been published.

41. See Economic Council of Canada (1978) and (1979).

42. House of Commons, Parliamentary Task Force on Regulatory Reform: Discussion Paper (1980) at 1.

43. See, for example, Blum and Kalven (1973).

44. Schwartz (1975).

45. See, for example, Smith (1977-78) and the critical literature cited therein.

46. O'Connell (1979).

47. Id., at 199-200.

48. Franklin (1967) at 797.

49. Hasson, in Symposium (Calgary) (1979) at 39.

50. Id.

51. In Saskatchewan, Manitoba, British Columbia and Quebec, automobile insurance is government-run. See supra, Chapter III.

52. Ontario Select Committee on Company Law (1978) at 104.

53. See, for example, Sherman (1979) at 119.

54. Hasson (1976) at 454.

55. Ison (1977b) at 393.

56. Waddams (1980) at 269.

57. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 63.

58. Supra, note 57, Chapter I, and accompanying text.

59. See Chapter V.

60. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 65.

61. Hasson (1978).

62. Ontario (Meredith Report) (1913) at XIX.

63. "The Product Goes on Trial," Financial Times (Feb. 4, 1980) at 7.

64. IATF (1977c) at XXXV. And see supra, note 10, Chapter I, and accompanying text.

65. Halpern and Carr (1981). See especially Chap. 5 therein.

66. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 72-78.

67. Halpern and Carr (1981) at 71 and 76.

68. Ontario Law Reform Commission (1979b) at 78.

69. These questions are discussed in considerable detail in Ontario Law Reform Commission (1979b) at 79-124. For an excellent analysis of the various conflict-of-laws questions, see Sharpe (1981).

70. O'Connell (1975b) at 67.

71. United States, House Committee on Small Business Sub-Committee on Capital, Investment and Business Opportunities (1978).

72. Calabresi (1970) at 311.

73. Ison (1977b) at 395.

74. Cornford (1953) at 2. Quoted in Zander (1979) at 490.

75. Atiyah (1979) at 254.

Chapter IX

THE WAY AHEAD: AN AGENDA FOR ACTION

The acceptance in principle of universal accident compensation would be a major social and political accomplishment. There would still remain, however, a large amount of research that would have to be done before the idea of universal accident insurance could become a Canadian reality. This chapter provides a brief itemization of what in my view would be a worthwhile research agenda.

1. A More Detailed Understanding of Existing First-Party No-fault Schemes

Although we know the nature and the financial extent of existing state-run first-party no-fault programs, it would be helpful to obtain a more precise statistical picture regarding numbers of recipients, financial outlays, cost-effectiveness, etc. All that would be required by way of further research would be a program-specific compilation of all the relevant data. With some cooperation from the various government authorities, the requisite research would not be onerous.

2. A More Detailed Understanding of the Tort Litigation Third-Party Liability Insurance System

This would also be helpful not only to provide further empirical support for no-fault accident compensation, but also to see what level of financial saving could be realized in abolishing personal injury litigation. In the United Kingdom, the Pearson Commission was able to conclude that the tort litigation system affected a mere 6.5 per cent of persons injured, cost £375 million to operate and if abolished would yield a net saving of some £84 million.[1] It should be possible (using the Pearson Commission's methodology) to obtain similar data for Canada.

3. Research regarding Current Practices and Problems of Existing State-run No-Fault Schemes

Before an effective universal accident insurance scheme can be designed, it would be important to compile a detailed understanding of how well the existing schemes are working and what the problems are. In the provincial health insurance and workers' compensation areas, a considerable level of dissatisfaction has materialized with respect to both practice and policy.[2] With regard to provincial health insurance, questions such as coverage, benefits, physician participation, funding and federal-provincial cost-sharing will have to be examined. As for workers' compensation, similar complaints about coverage and benefit

levels, as well as concerns about documentation, and hearing and appeal procedures, will have to be reviewed. Problems arising in the operation or administration of the various federal income insurance schemes (described in Chapter III) will have to be examined as well. Several studies are already under way[3] and will undoubtedly provide a useful starting point.

4. The Overall Institutional Design

Once we know the dimensions of the existing no-fault network and its institutional capacity, we can begin work on overall institutional design. Should universal accident compensation be a mere umbrella scheme retaining, with some modification, the existing no-fault structures? Or should a new and structurally independent program be designed? Whichever it is, how would problems of federal and provincial overlap be resolved? Could provinces be delegated the complete responsibility for disability compensation or would other constitutional arrangements be more appropriate? These and other questions would have to be considered and resolved.

5. The Legislative Design

How should the requisite legislation be drafted? What should it cover? What kinds of benefits should be payable? To what levels? Should there be a provision for non-economic losses as well? Who exactly should be eligible? What about people that are self-employed? What about children and non-earners? Tourists? The legislative design questions are many and some are quite difficult. It would be useful here to evaluate the New Zealand experience.[4] A recent study of the New Zealand accident compensation scheme by Professor Terry Ison[5] would be a good place to start.

6. The Administrative Design

How would the scheme be administered? Questions such as agency membership and staffing, as well as hearing and appeal procedures, would require careful consideration. Here again the New Zealand experience and the literature referred to above would be quite helpful.

7. The Financial Design

How would universal accident insurance be financed? Levies on employers and motor vehicle drivers? A gasoline tax? What about home accidents and non-earners? Will the latter be covered via general revenue? What about the idea of premium variability and "penalty rating"? Would it work? Is it worth trying? How exactly would it be designed? These and other related questions would have to be resolved. The

existing literature, however, is quite extensive here[6] and would greatly assist the research in this area.

8. Achieving Specific Deterrence via Government Safety Regulation

As noted in Chapter VIII, deterrence in the context of a universal accident compensation scheme consists almost exclusively of specific government product safety regulations. We already have a fairly extensive network of federal and provincial product safety laws but we have to know more about them. How well are they working? Do we need more product safety regulation? Is the range of sanction or penalty satisfactory? Or should a more administrative range of powers such as cease and desist or recall authority be provided? Recent studies conducted by the Treasury Board[7] and by the Economic Council of Canada,[8] as well as the American experience with its Consumer Product Safety Commission,[9] would be relevant and very helpful on this question of regulatory design.

9. Public Education Strategies

One of the most challenging questions will be that of public education. A new and comprehensive accident compensation program could confuse or intimidate a large number of people. How should the public education program be designed? What publicity or information strategies should be adopted? How can the requisite paperwork that no-fault compensation will demand be made more understandable? The research here will require an extensive interdisciplinary study of information delivery techniques, educational psychology, plain language drafting, and assorted marketing and behavioural insights. The importance of public awareness and public confidence cannot be overemphasized.

10. Research re Eventual Expansion to Cover All Disability, Including Sickness and Disease

It may be that some provinces will proceed boldly and logically and will extend the protection of comprehensive no-fault to all disability, including sickness- and disease-related disability. It is more likely, however, that comprehensive no-fault, in the short term at least, will be limited to accident-related disability. Yet this distinction between trauma and disease cannot prevail. There is no logic behind it. Nor is the empirical priority correct. The major cause of disability in our society is not accident but disease.[10] A full 90 per cent of all disability is disease-related.[11] If comprehensive disability compensation is to be meaningful to the vast majority of disabled Canadians, it will have to be expanded to include sickness and disease. This was clearly the motivation for the Saskatchewan initiative.[12] It was also the conclusion of the National Committee of Inquiry on Compensation and Rehabilitation in Australia.[13] The financial implications of

this inevitable, eventual extension of universal accident compensation will have to be carefully assessed.

This listing of proposed further research is not of mere academic interest. It is absolutely essential to the effective implementation of accident compensation in Canada. It would be most unfortunate if provinces moved too quickly in this area without proper preparation. A poorly conceived, improperly designed or prematurely implemented universal no-fault scheme would quickly crumble under the weight of its own bureaucratic ineptitude and inefficiency, and the movement for comprehensive disability insurance would be set back years. Thus the plea to policymakers is this: move, but move carefully. Take a year or two longer, but do it right.

Notes

1. Henderson (1976) at 420-21.

2. See, for example, "WCB Called a Biased, Nightmarish Jungle, by OFL," Globe and Mail (Aug. 27, 1980) at 1.

3. Described supra, note 5, Chapter IV. The Hall Report has just been released. See "Restrict MDs' Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told," Globe and Mail (Sept. 4, 1980) at 1. The Weiler study of the Ontario Workmen's Compensation Board was completed in 1981.

4. See especially Gaskins (1980).

5. Ison (1981).

6. Supra, note 22, Chapter VIII. Also see Brown (1979).

7. Supra, note 40, Chapter VIII.

8. See Economic Council of Canada (1978) and (1979).

9. For the legislative history behind the Consumer Product Safety Act see Consumer Product Safety Act: Text, Analysis, Legislative History (BNA, 1973). For general discussions of the CPSC see "Special Issue: The Consumer Product Safety Commission" (1975), 43 Geo. Wash. L. Rev. 1001; Brodsky and Cohen (1974); Scalia and Goodman (1973). Also see Hosmer (1976). Other articles are collected in (1974), 2 Hofstra L. Rev. 619 at 635, n. 45.

10. Ison (1977b) at 398 and Atiyah (1975a) at 358.

11. Atiyah (1975a) at 19.

12. Welsh (1980) at B-8.

13. Australia (1974).

Chapter X

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

This final chapter summarizes the conclusions and recommendations from the preceding nine chapters. The various conclusions have been listed by chapter in order to provide the reader with a summary of the entire study. The five major recommendations are appended thereafter.

Chapter I. Products Liability: Where We Are and How We Got Here

1. The magnitude of the product-related injury problem in Canada today is considerable. Every year approximately 3.5 million Canadians are injured in product-related accidents (2.4 million in home accidents); of these, 11 000 are permanently disabled and 3 000 to 5 000 are killed. The total economic cost to the nation exceeds $2 billion a year.

2. Virtually all of the recent law reform initiatives as well as recent legislative and judicial developments urge a tort reform ("strict liability") solution to the product injury problem.

Chapter II. The Products Liability Debate: Where We Should Be

3. The current products liability debate is fundamentally deficient in both scope and content. It presumes the superiority and the relevance of a tort reform (strict liability) approach without even acknowledging the enormous amount of empirical evidence that suggest the contrary. It fails to put the products liability problem into the appropriate context; it refuses to acknowledge the existing data and documentation that suggest other approaches, or even to admit the relevance of recent developments in other jurisdictions.

Chapter III. Products Liability in Context: Accident Compensation in Canada Today

4. Accident compensation in Canada today consists primarily of a network of federal and provincial first-party no-fault loss reparation schemes that, per capita, have a greater social and financial impact on the average Canadian suffering physical injury or disability than the tort litigation fragment.

5. These first-party no-fault compensation schemes are financially substantial ($5.5 billion annually) but disparate, uneven and uncoordinated.

6. At best, our current approach to accident compensation consists of a "three-level hodgepodge," a wasteful conglomeration of fault and no-fault fragments that only confuse and confound injured Canadians.

7. The real issue is not strict liability but overall institutional design: do we continue on with the existing patchwork or do we attempt some degree of rationalization and consolidation?

8. Relevant to this debate about overall institutional design is the extent to which social insurance is already a part of our political fabric.

Chapter IV. Product Injury and Social Insurance: Trends and Prognosis

9. In Canada, social insurance is a powerful and prevalent modern-day phenomenon. Although there may be some dissatisfaction with certain existing programs, the fundamental work and validity of such schemes as workers' compensation or provincial health insurance is beyond dispute. As social insurance programs, they're here to stay.

10. There is every indication that the trend towards greater social insurance planning will continue both in Canada and internationally.

11. A primary reason for this "shift" from the "residual" to the "institutional" approach in social security planning is the growing societal concern about injury disability and victim compensation. Whether this concern reflects an increasing sense of community responsibility or is merely a financial imperative, the focus on victim compensation suggests the inevitability of comprehensive first-party no-fault.

12. Even with the enormous amounts of data and documentation that suggest both the desirability and the feasibility of universal accident compensation, there are still some who advocate the retention of tort. In order to satisfy ourselves once and for all about the value of retaining the tort litigation mechanism for product injury, it is important that all the arguments be re-examined.

Chapter V. The Argument for Tort: The Compensation Rationale

13. The deficiencies of tort litigation as a vehicle for product injury compensation are extensive: the inadequacy of coverage; the "lottery" aspects of litigation; the inherent arbitrariness of damage assessment; the inordinate delay; the outrageous costs of operation; the fact that even the "winners" lose. These deficiencies have been documented in the literature time and time again.

14. There is virtual unanimity on this point: if compensation was the only rationale, then the retention of tort in the product injury area could not be justified.

Chapter VI. The Argument for Tort: The Deterrence Rationale

15. The argument that tort functions as a deterrence mechanism is also unsupportable both theoretically and empirically. The theory of deterrence liability is seriously deficient. The reality of deterrence liability is even more so. Problems such as victim initiative, judicial ineptitude, sanction disproportionality, insurance distortions and ease of non-compliance combine to ensure that products liability litigation has little if any deterrent value.

16. In fact, given the reality of liability insurance and the equal availability of "penalty rating" under a first-party no-fault compensation scheme, the entire deterrence discussion is ultimately irrelevant.

Chapter VII. The Case for Universal Accident Compensation

17. The case for universal accident compensation comes down to ten basic points:

(1) Disability arising out of product-related injury is a significant social problem.

(2) Nearly 75 per cent of all accidental injuries in our society are not work-related. Yet it is in the area of non-work-related short- and long-term disability that income coverage is weakest.

(3) Our current approach to accident loss reparation consists of a bewildering array of fault and no-fault mechanisms that are expensive and uncoordinated and demand rationalization and consolidation.

(4) The argument for retaining the tort litigation fragment

even with a strict liability "reform" is unsupportable. Tort fails miserably both as a compensation and as a deterrence mechanism. The evidence is overwhelming.

(5) With respect to the compensation rationale, everyone agrees that first-party no-fault would be infinitely superior. A universal accident compensation scheme would not only be more comprehensive, more predictable and administratively more manageable, but also faster, cheaper and fairer.

(6) In terms of deterrence, tort is also seriously deficient. The theory of liability deterrence is shaky; the empirical reality is even worse. Although the odd die-hard torts scholar still clings to the deterrence fantasy, the evidence is overwhelmingly to the contrary.

(7) In fact, the entire liability deterrence debate is quite irrelevant given the nature and the extent of modern-day liability insurance. Premium variability or "penalty rating" is probably the only way to resuscitate any deterrent impact, and this technique is equally available and, in all likelihood, more effective under a first-party no-fault scheme.

(8) It is highly doubtful that either private insurance or collective bargaining could be counted on to provide a comprehensive compensation program for all Canadians.

(9) The adoption of a universal accident compensation scheme seems logically and empirically compelling. Rationalization and integration are inevitable, if not for reasons of community responsibility and human decency, then for reasons of institutional cost-effectiveness.

(10) The integration of existing no-fault schemes into a more comprehensive accident compensation system would facilitate the logical and equally inevitable extension of this system to all disability, including sickness and disease.

Chapter VIII. Universal Accident Compensation: The Ten Most Common Concerns

18. The ten most commonly voiced concerns about universal accident compensation can be resolved with careful study and explanation:

(1) Moral hazard would not be a problem in the personal injury area.

(2) Rather than costing more money, the best evidence we have suggests that the implementation of universal accident compensation would result in a net saving.

(3) The concern about a "huge bureaucracy" can be alleviated through sensible institutional design.

(4) Pain and suffering awards could theoretically be made available even under a first-party no-fault scheme, but the better view is to restrict compensation to economic losses only.

(5) Deterrence would be achieved through increased government product-safety regulation.

(6) Voluntary or "elective" no-fault wouldn't work. To be effective, universal accident compensation would have to be compulsory.

(7) Although, theoretically, private insurance could run a first-party no-fault scheme, in practice, given the financial demands of such a program, government ownership and operation is inevitable. The case for state ownership rests on financial capability, not ideological preference.

(8) Even though the implementation of universal accident compensation may take several years, we should not agree to "strict liability" even as a short-term strategy. Strict liability is not only fundamentally unprincipled, empirically trivial and institutionally wasteful, it is retrogressive law reform.

(9) Notwithstanding the ultimate triviality of strict liability, a great deal of controversy will be generated, first about the insurance implications and then about overall legislative design. The controversy will finally be resolved but a great deal of time will have been wasted.

(10) Even though the case for universal accident compensation is logically and empirically compelling, the barriers to its adoption and implementation are considerable: (a) education takes time; (b) the vested interest groups favouring a preservation of the status quo (the insurance industry and the Canadian Bar) are powerful lobbyists; (c) the lobby favouring reform is weak or nonexistent.

Chapter IX. The Way Ahead: An Agenda for Action

19. Although the acceptance in principle of universal accident compensation would be a major social and political accomplishment, there would still remain a considerable amount of research that would have to be done before the idea of universal accident insurance could become a Canadian reality:

    (1) A more detailed understanding of existing first-party no-fault schemes.

    (2) A more detailed understanding of the tort litigation third-party liability insurance system.

    (3) Research regarding current practices and problems of existing state-run no-fault schemes.

    (4) Research regarding overall institutional design.

    (5) Research regarding legislative design.

    (6) Research regarding administrative design.

    (7) Research regarding financial design.

    (8) Research regarding design of federal and provincial product safety regulation.

    (9) Development of public education/information strategies.

    (10) Research regarding eventual expansion to include all disability, including sickness and disease.

20. This listing of proposed further research is absolutely essential to the effective implementation of comprehensive accident compensation in Canada. A poorly conceived, improperly designed or prematurely implemented universal no-fault scheme would quickly crumble under the weight of its own bureaucratic ineptitude and inefficiency, and the movement for comprehensive disability insurance would be set back years.

The study concludes by making the following recommendations:

1. Federal and provincial health authorities should give immediate priority to the establishment of a national electronic injury surveillance system such as the NEISS system currently in operation in the United States.

2. Provincial legislators should not waste precious legislative time debating strict liability tort reforms.

3. Instead, policymakers should seize the opportunity for rational and responsible law reform and begin the task of developing an integrated and comprehensive first-party no-fault accident compensation scheme.

4. Once the principle of universal accident compensation has been accepted, the requisite secondary research described in Chapter IX should be completed.

5. It is recommended that policymakers view the adoption of universal accident compensation as a first step to the eventual enactment of universal disability insurance.

BIBLIOGRAPHY

The following alphabetical listing of books, articles, studies and reports is obviously selective. Those wishing a more extensive bibliography should consult the appendix to the Report of the Royal Commission of Inquiry on Compensation for Personal Injury in New Zealand (New Zealand, 1967), the appendices to Volumes 1 and 2 of the Report of the National Committee of Inquiry on Compensation and Rehabilitation in Australia (Australia, 1974), and the appendix to the Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Pearson Commission) (1978).

Books, Articles, Studies and Reports

Akerloff, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism" (1970), 84 Q.J. Econ. 488.

Alberta, Report of the Alberta Automobile Insurance Board of the IBC "Variplan" Proposal (1976).

Alchian, "The Meaning of Utility Measurement" (1953), 43 Am. Econ. Rev. 26.

Allen, Bourn and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979).

American Bar Association, Automobile No-Fault Insurance: A Study by the Special Committee on Automobile Insurance Legislation (ABA Report: Feb. 1978).

Andreopoulos, ed., National Health Insurance: Can We Learn from Canada? (1975).

Apel, "Strict Liability: Recovery of Economic Loss" (1976-77), 13 Idaho L. Rev. 30.

Armitage, Social Welfare in Canada (1975).

Arrow, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care: Reply" (1965), 55 Am. Econ. Rev. 154.

Ash, Consumer Satisfaction, Dissatisfaction and Complaining Behaviour: Major Findings and Directions for Action (Consumer and Corporate Affairs Canada, 1980).

Atiyah, Accidents, Compensation and the Law (2nd ed. 1975a).

_____, "Accident Prevention and Variable Premium Rates for Work-Connected Accidents" (1975b), 4 Indus. L.J. 1.

_____, "What Now?", in Allen, Bourne and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 225.

Atkey, "Perspectives for Non-Fault Automobile Accident Compensation in Ontario" (1966), 5 W.L. Rev. 1.

Australia, House of Representatives, National Rehabilitation and Compensation Bill 1977 (1977).

Australia, National Rehabilitation and Compensation Scheme Committee of Inquiry, Report of the National Committee of Inquiry on Compensation and Rehabilitation in Australia (Woodhouse) (1974).

Badgley and Smith, User Charges for Health Services (1979).

Baer, "Insurance Law" (1969), 3 Ottawa L. Rev. 553.

Bailey, Reducing Risks to Life: Measurement of the Benefits (1980).

Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law" (1975), 5 J. Phil. & Pub. Aff. 3.

Barker, "Compensation for Criminal Violence" (1966), 9 Crim. L.Q. 124.

Bator, "The Anatomy of Market Failure" (1958), 72 Q.J. Econ. 351.

Beard, Pentikainen and Pesonen, Risk Theory (1977).

Bennett, "Practice and Procedure before the Law Enforcement Compensation Board" (1971), Law Society of Upper Canada Special Lectures 167.

Benningson and Benningson, "Product Liability: Manufacturers Beware," in Aaker and Day, eds., Consumerism: Search for the Consumer Interest (3rd ed. 1978).

Best, Home Accident Study (Ontario Ministry of Health, 1980).

Birnbaum, "Legislative Reform or Retreat? A Response to the Product Liability Crisis (1978), 14 Forum 251.

Bivins, "The Product Liability Crisis: Modest Proposals for Legislative Reform (1978), 11 Akron L. Rev. 595.

Blum and Kalven, "Public Law Perspectives on a Private Law Problem -- Auto Compensation Plans" (1964), 31 U. Chi. L. Rev. 641.

_____, "The Empty Cabinet of Dr. Calabresi: Auto Accidents and General Deterrence" (1967), 34 U. Chi. L. Rev. 239.

_____, "Ceilings, Costs and Compulsion in Auto Compensation Legislation," [1973] Utah L. Rev. 341.

Bourn, "The Pearson Proposal in Outline," in Allen, Bourn and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 9.

Bozeman, "Recalls -- On Making the Best of a Bad Thing" (1978), 33 Food, Drug, Cosm. L.J. 342.

British Columbia, Report of the British Columbia Commission of Inquiry, Workmen's Compensation Act (Tysoe) (1965).

_____, Report of the Royal Commission of Inquiry, Automobile Insurance in British Columbia (Wootton) (1968).

Brodsky and Cohen, "Uncle Sam, the Product Safety Man" (1974), 2 Hofstra L. Rev. 619.

Brown, "Toward an Economic Theory of Liability" (1973), 2 J. Legal Stud. 323.

_____, "Product Liability: The Case of an Asset with Random Life" (1974), 64 Am. Econ. Rev. 149.

Brown, "Deterrence and Accident Compensation Schemes" (1979), 17 U. W. Ont. L. Rev. 111.

Bryan, "Compensation to Victims of Crime" (1968), 6 Alta. L. Rev. 202.

Buchanan, "In Defence of Caveat Emptor" (1970-71), 38 U. Chi. L. Rev. 64.

Buchanan and Tollison, eds., Theory of Public Choice: Political Applications of Economics (1972).

Bureau of National Affairs, Inc., ed., The Consumer Product Safety Act (1973).

Burman, Genn and Lyons, "The Use of Legal Services by Victims of Accidents in the Home -- A Pilot Study" (1977), 40 Mod. L. Rev. 47.

Burns and Ross, "A Comparative Study of Victims of Crime Indemnification in Canada: British Columbia as Microcosm" (1973), 8 U.B.C. L. Rev. 105.

Calabresi, "The Decision for Accidents -- An Approach to Non-Fault Allocation of Costs" (1965a), 78 Harv. L. Rev. 713.

_____, "Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven" (1965b), 75 Yale L.J. 216.

_____, "Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?" (1968), 33 Law & Contemp. Prob. 429.

_____, The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis (1970).

_____, "The Problem of Malpractice: Trying to Round Out the Circle" (1977), 27 U. Toronto L.J. 131.

Calabresi and Bass, "Right Approach, Wrong Implications: A Critique of McKean on Products Liability" (1970-71), 38 U. Chi. L. Rev. 74.

Calabresi and Hirschoff, "Toward a Test for Strict Liability in Tort" (1972), 81 Yale L.J. 1055.

Calabresi and Malamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" (1972), 85 Harv. L. Rev. 1089.

Canadian Corrections Association, "Compensation to Victims of Crime and Restitution by Offenders" (1968), 10 Can. J. Corr. 591.

Canadian Council on Social Development, A Hit and Miss Affair: Policies for Disabled People in Canada (1977).

Carrington, "Adjudication...A Comment" (1979), 8 J. Legal Stud. 303.

Chapman, "Federal Statutes Relating to Food and Drugs," in Neilson, ed., Consumer and the Law in Canada (unpublished, 1970) at 362.

Charles, "Justice in Personal Injury Awards: The Continuing Search for Guidelines," in Klar, ed., Studies in Canadian Tort Law (1977) at 37.

_____, "A New Handbook on the Assessment of Damages in Personal Injury Cases from the Supreme Court of Canada" (1978), 3 Can. Cases on the Law of Tort 344.

Cheifetz, "Entitlement to Schedule E Benefits under the Ontario Insurance Act" (1978), 26 Chitty's L.J. 37.

Coase, "The Problem of Social Cost" (1960), 3 J.L. & Econ. 1. Reprinted in Breit and Hochman, eds., Reading in Economics (2nd ed. 1971) at 484.

Commission of the European Communities, Product Liability (Supplement 11/76 to the Bulletin of the European Communities, 1976).

"Compensation for Criminal Injuries" (1968), 16 Chitty's L.J. 292.

Conard, "The Economic Treatment of Automobile Injuries" (1964), 63 Mich. L. Rev. 279.

Conard and Ethan, "New Hope for Consensus in the Automobile Injury Impasse" (1966), 52 A.B.A.J. 533.

Consumer Product Safety Commission (United States), Final Report (1970).

_____, Annual Report, Fiscal Year 1976 (1976).

Cook, "Hazardous Products: The Canadian Situation," in Neilson, ed., Consumer Law Studies (unpublished, 1970) at 251.

_____, "The Hazardous Products Act, 1969," in Neilson, ed., Consumer and the Law in Canada (unpublished, 1970) at 370.

Cooper, "A Collateral Benefits Principle" (1971), 49 Can. B. Rev. 501.

_____, "Assessing Possibilities in Damage Awards -- The Loss of a Chance or the Chance of Loss" (1973), 37 Sask. L. Rev. 193.

Cooter, Kornhauser and Lane, "Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent" (1979), 10 Bell J. Econ. 366.

Cornford, Microcosmographia Academica (pamphlet, 5th ed. 1953). Quoted in Zander, "Promoting Change in the Legal System" (1979), 42 Mod. L. Rev. 489 at 490.

Coward, Mercer Handbook of Canadian Pension and Welfare Plans (6th ed. 1977.

Cranston, "Creeping Economism: Some Thoughts on Law and Economics" (1977), 4 Brit. J.L. & Soc'y 103.

_____, Consumers and the Law (1978).

C.C.H. Canadian Ltd., Canadian Workmen's Compensation 1975-76 (18th ed. 1975).

_____, Canada Pension Plan and Old Age Security Legislation (5th ed. 1978).

C.C.H. Canadian Ltd., Topical Law Report Series, Canadian Product Safety Guide (2 vols., 1978, as updated).

_____, Canadian Product Safety Guide, Report 10 (Sept. 26, 1979).

_____, Canadian Product Safety Guide, Report 11 (Oct. 31, 1979).

_____, Canadian Product Safety Guide, Report 15 (Feb. 20, 1980).

Criminal Injuries Compensation Board, Annual Report (1979).

CUPE Brief to the Ontario Select Committee on Company Law (1980). Quoted in Welsh, "Saskatchewan Plans Universal Insurance," Globe and Mail (Aug. 25, 1980).

Demsetz, "Private Production of Public Goods" (1970), 13 J.L. & Econ. 293.

_____, "Wealth Distribution and the Ownership of Rights" (1972a), 1 J. Legal Stud. 223.

_____, "When Does the Rule of Liability Matter?" (1972b), 1 J. Legal Stud. 13.

Denenberg, Product Liability Insurance: Impact on Safety and Implications for the Consumer (National Commission on Product Safety, Report No. 8, n.d.).

Diamond, "Accident Law and Resource Allocation" (1974), 5 Bell J. Econ. & Manag. Sci. 366.

_____,"Insurance Theoretic Aspects of Workers' Compensation," in Blinder and Friedman, eds., Natural Resources, Uncertainty and General Equilibrium Systems (1977) at 67.

Diamond and Rothschild, eds., Uncertainty in Economics: Readings and Exercises (1978).

"Discussion on Workmen's Compensation by Senior Officials of the Workmen's Compensation Board, Ontario" (1976), Law Society of Upper Canada Special Lectures 137.

Doerner, "A Quasi-Experimental Analysis of Selected Canadian Victim Compensation Programs" (1978), 20 Can. J. Crim. 239.

Dorfman, "The Economics of Product Liability: A Reaction to McKean" (1970-71), 38 U. Chi. L. Rev. 92.

Dunlop, "The High Price of Sympathy: Damages for Personal Injuries" (1967), 17 U. Toronto L.J. 51.

_____, "No-Fault Auto Insurance and the Negligence Action: An Expensive Anomaly" (1975), 13 Osgoode Hall L.J. 439.

_____, Working Paper on the Economics of Strict Liability for Defective Products (Ontario Law Reform Commission, Feb. 1978).

Economic Council of Canada, Regulation Reference: A Preliminary Report to First Ministers (1978).

_____, Responsible Regulation: Synopsis and Recommendations (1979).

Ehrenzweig, Law: A Personal View (1977).

Ehrlich and Becker, "Market Insurance, Self-insurance and Self-protection" (1972), 80 J. Pol. Econ. 623.

Empke (Regional Director, Consumer and Corporate Affairs Canada), Letter dated July 17, 1979.

Employment and Immigration Canada, Annual Report 1978-79 (1979).

Energy, Mines and Resources Canada, Annual Report 1978-79 (1979).

Englard, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" (1980), 9 J. Legal Stud. 27.

Epple and Raviv, "Product Safety: Liability Rules, Market Structure, and Imperfect Information" (1978), 68 Am. Econ. Rev. 80

Epstein, "A Theory of Strict Liability" (1973), 2 J. Legal Stud. 151.

_____, "Products Liability: The Search for a Middle Ground" (1978), 56 N.C. L. Rev. 643.

_____, "Is Pinto a Criminal?", Regulation (March-April 1980a) at 15.

_____, "Automobile No-Fault Plans: A Second Look at First Principles" (1980b), 13 Creighton L. Rev. 769.

Eremko, "Compensation of Criminal Injuries in Saskatchewan" (1969), 19 U. Toronto L.J. 263.

Feeney, "Compensation for the Victims of Crime: A Canadian Proposal" (1967), 2 Ottawa L. Rev. 175.

_____, "Compensation for the Victims of Crime" (1968), 10 Can. J. Corr. 261.

Feinberg, "Consumer Product Safety: The Current Record of Administrative Interpretation" (1978), 37 F.B.J. 56.

Feldthusen, Working Paper on Pure Economic Loss Caused by Defective Products (Ontario Law Reform Commission, Feb. 1978).

Feldthusen and McNair, "General Damages in Personal Injury Suits: The Supreme Court Triology" (1979), 28 U. Toronto L.J. 381.

Fleming, "More Thoughts on Loss Distribution" (1966), 4 Osgoode Hall L.J. 161.

_____, "The Role of Negligence in Modern Tort Law" (1967), 52 Va. L. Rev. 815.

_____, "Damages: Capital or Rent?" (1969), 19 U. Toronto L.J. 295.

_____, "Damages for Non-material Losses" (1973), Law Society of Upper Canada Special Lectures 1.

_____, The Law of Torts (5th ed. 1977).

_____, "The Pearson Report: Its 'Strategy'" (1979), 42 Mod. L. Rev. 249.

Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory" (1972), 85 Harv. L. Rev. 537.

Franklin, "When Worlds Collide: Liability Theories and Disclaimers in Defective Product Cases" (1966), 18 Stan. L. Rev. 976.

_____, "Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement" (1967), 53 Va. L. Rev. 774.

_____, "Personal Injury Accidents in New Zealand and the United States: Some Striking Similarities" (1975), 27 Stan. L. Rev. 653.

_____, Injuries and Remedies (1979).

Franson et al., Canadian Law and the Control of Exposure to Hazards (Science Council of Canada, 1978).

Freedman, "No-Fault and Products Liability: Can One Live without the Other?", [1972] Forum 100.

Friedmann, Law in a Changing Society (2nd ed. 1970).

Gaskins, "Tort Reform in the Welfare State: The New Zealand Accident Compensation Act" (1980), 18 Osgoode Hall L.J. 238.

Gauvin, "Labour Legislation in Canada, 1975: Workers' Compensation" (1976), 76 Lab. Gaz. 495.

_____, "Labour Legislation in Canada, 1976: Workers' Compensation" (1977), 77 Lab. Gaz. 374.

Geerts, Kornbluth and Urmson, Compensation for Bodily Harm: A Comparative Study (1977).

Gertner, "History of Food and Drug Legislation in Canada," in Ziegal, ed., Cases, Notes and Materials on Commercial and Consumer Transactions (unpublished, 1977) at 438.

Gibson, "Non-Fault Automobile Insurance" (1968), 11 Can. B.J. 172.

_____, "Repairing the Law of Damages" (1978), 8 Man. L.J. 637.

_____, "Vergata v. Vergata and the Manitoba Public Insurance Corporation" (1979), 9 Man. L.J. 183.

Gifford, "Transaction Costs, Uncertainty and Externalities" (1974), 19 Pub. Choice 121.

Gilmore, "Products Liability: A Commentary" (1970-71), 38 U. Chi. L. Rev. 103.

Glasbeek and Hasson, "Fault — The Great Hoax," in Klar, ed., Studies in Canadian Tort Law (1977).

Glasbeek and Rowland, "Are Injuring and Killing at Work Crimes?" (1974), 17 Osgoode Hall L.J. 506.

Goddard, Goldenberg and Thibideau, "Motor Vehicle Safety Law in Canada: Made in U.S.A.?", in Neilson, ed., Consumer Law Studies (unpublished, 1970) at 602.

Goldenberg, "The Economics of Product Safety and Imperfect Information" (1974), 5 Bell J. Econ. & Manag. Sci. 683.

_____, "Products Liability: It's Almost Here and It Means Big Lawsuits and a Dramatic Rise in Insurance Rates," Financial Times of Canada (June 5, 1978).

Government of Quebec, General Guide to Quebec Auto Insurance (1979).

Gray et al., Product Liability: A Management Response (1975).

Great Britain, Report of the Committee on Personal Injuries Litigation (1968) (Cmnd. 3691).

_____, Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Pearson) (1978) (Cmnd. 7054).

Green, Traffic Victims: Tort Law and Insurance (1958).

_____, "A Perspective" (1975), 13 Osgoode Hall L.J. 475.

Green, A Fish out of Water: Classical Fault on the Highway (1970), 35 Sask. L. Rev. 2.

Grether and Plott, "Economic Theory of Choice and the Preference Reversal Phenomenon" (1979), 69 Am. Econ. Rev. 623.

Griffiths, "Don't Abolish Tort Law in Auto Accident Compensation" (1969), 12 Can. B.J. 187.

Guest, The Emergence of Social Security in Canada (1980).

Guss, "Product Quality -- A Multi-Disciplinary Policy Perspective" (paper delivered at the Meredith Lecture Series at McGill Law School, 1979).

Guzzardi, "The Mindless Pursuit of Product Safety," Fortune (April 9, 1979).

Halpern and Carr, Liability Rules and Insurance Markets (Consumer and Corporate Affairs Canada, 1981).

Harris, "An Appraisal of the Pearson Strategy," in Allen, Bourne and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 83.

Hasson, "Blood Feuds, Writs and Rifles -- A Reply to Professor Linden" (1976), 14 Osgoode Hall L.J. 445.

_____, Working Paper on Negligence and Strict Liability: Insurance Implications of a Change in Regime (Ontario Law Reform Commission, Jan. 1978).

_____, "The Pearson Report — Something for Everyone" (1979), 6 Brit. J. Law & Soc'y 119.

Health and Welfare Canada, Social Security in Canada (1974).

_____, Annual Report 1977-78 (1978).

_____, Annual Report 1978-79 (1979).

_____, Canada Pension Plan Annual Report 1977-78 (c. 1979).

_____, Monthly Statistics: Income Security Programs (1980).

Health and Welfare Canada, Food and Drug Directorate, Educational Services, Health Protection and Food Laws (1970).

Hebert, "Management et prevention des accidents du travail" (1976), 31 Indus. Relations 3.

Helpman and Laffont, "On Moral Hazard in General Equilibrium Theory" (1975), 10 J. Econ. Theory 8.

Henderson, "Should Workmen's Compensation be Extended to Non-occupational Injuries?" (1969-70), 48 Tex. L. Rev. 117.

_____, "Judicial Review of Manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication" (1973), 73 Colum. L. Rev. 1531.

_____, "Crisis in Accident Loss Reparation Systems: Where We Are and How We Got There," [1976] Ariz. St. L.J. 401.

_____, "Manufacturers' Liability for Defective Product Design: A Proposed Statutory Reform" (1978), 56 N.C. L. Rev. 625.

Higgins, "Producers Liability and Product-Related Accidents" (1978), 7 J. Legal Stud. 299.

Holmes, "The Common Law: Lecture III" (1881). Reprinted in Rabin, ed., Perspectives on Tort Law (1976).

Holyoak, "Accident Compensation in New Zealand Today," in Allen, Bourn and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 180.

Holyoak and Allen, "Alternative Accident Compensation Strategies," in Allen, Bourne and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 177.

"Horror Story Ads Untrue? Can't Prove Mower Claims Assertions," in Illinois House of Representatives Judiciary I Sub-Committee, Products Liability Report and Recommendations (Part I) (1978) at 101.

Hosmer, "Federal Regulation of 'Substantial Product Hazards': An Analysis of Section 15 of the Consumer Product Safety Act" (1976), 25 Am. U.L. Rev. 717.

Hubbard, "Efficiency Expectation and Justice: A Jurisprudential Analysis of the Concept of Unreasonably Dangerous Product Defects" (1976-77), 28 S.C. L. Rev. 587.

Hughes, Gill and Dworkin, "Detailed Effects of the Pearson Proposals," in Allen, Bourn and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 135.

Illinois House of Representatives, Judiciary Subcommittee on Product Liability: Report and Recommendations (Parts I and II) (1979).

Information Canada, The Canada Pension Plan (1970).

Insurance Bureau of Canada, Facts of the General Insurance Industry in Canada (7th ed. 1979).

_____, 1979 Automobile Insurance Experience (Green Book) (1980).

Inter-Agency Task Force on Product Liability (IATF), Symposium -- Transcript of Proceedings of July 21, 1976 Meeting with Leading American Experts (1976).

_____, Selected Papers (1977a).

_____, Briefing Report 1977 (1977b).

_____, Final Report (1977c).

Inter-Agency Task Force on Products Liability Contractors Study, Final Report of the Insurance Study (1978a).

_____, Final Report of the Legal Study (1978b).

Ison, The Forensic Lottery (1967).

_____, "Tort Liability and Social Insurance" (1969a), 19 U. Toronto L.J. 614.

_____, "Highway Accidents and the Demise of Tort Liability" (1969b), 47 Can. B. Rev. 304.

_____, "Contemporary Developments and Reform in Personal Injury Compensation" (1973), Law Society of Upper Canada Special Lectures 521.

_____, "Human Disability and Personal Income," in Klar, ed., Studies in Canadian Tort Law (1977a).

_____, "The Politics of Reform in Personal Injury Compensation" (1977b), 27 U. Toronto L.J. 385.

_____, Accident Compensation: A Commentary on the New Zealand Scheme (1981).

Issalys and Watkins, Unemployment Insurance Benefits (1977).

Johnson, "Consumer Product Safety -- The Need for Reform" (1973), 127 New L.J. (Pt. 2) 852.

_____, "Products Liability 'Reform': A Hazard to Consumers" (1978), 56 N.C. L. Rev. 677.

Jolowicz, "Compensation for Personal Injury and Fault," in Allen, Bourn and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 33.

Kahan, "Reporting on Substantial Product Hazards under Section 15 of the Consumer Safety Act," [1978] Admin. L. Rev. 289.

Kavanaugh, "Ontario Automobile Accident Benefits" (1973), 6 Ottawa L. Rev. 285.

Keeton, "Automobile Accidents: The Basis of Liability and the Compensation of Victims" (1974), 9 Themis 149.

Keeton and O'Connell, Basic Protection for the Traffic Victim (1965).

_____, After Cars Crash (1967).

Keeton, Owen and Montgomery, Products Liability and Safety: Cases and Materials (1980).

Keeton et al., Crisis in Car Insurance (1968).

Kennedy, "Compensation for Victims of Crime" (1966), 14 Chitty's L.J. 1.

Kimble and Lesher, Products Liability (1979).

Kunreuther, "Limited Knowledge and Insurance Protection" (1976), 24 Pub. Pol'y 223.

Kunreuther and Slovic, "Economics, Psychology and Protective Behaviour" (1978), 68 Am. Econ. Rev. Proc. 64.

Labour Canada, Workmen's Compensation in Canada (1969).

Labour Canada, Accident Prevention Division, Occupational Health and Safety: A Bibliography (1976).

Lang, "The Activity-Risk Theory of Tort: Risk, Insurance and Solvency" (1961), 39 Can. B. Rev. 530.

_____, "The Nature and Potential of the Saskatchewan Insurance Experiment" (1962), 14 U. Fla. L. Rev. 352.

Law Commission (No. 82) and the Scottish Law Commission (No. 45), Liability for Defective Products (1977).

Laycraft, "Reforming the Automobile Tort System" (1970), 9 Alta. L. Rev. 22.

Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism" (1974), 60 Va. L. Rev. 451.

Legge, "Practices and Procedures before the Workmen's Compensation Board" (1971), Law Society of Upper Canada Special Lectures 137.

_____, The Canadian System of Workmen's Compensation (Government of Ontario, 1972).

Lemons, "The Woodhouse Report: Relegated to the Archives?" (1973), 19 McGill L.J. 195.

"Liability without Fault" (1965), 13 Chitty's L.J. 163, 191.

Linden, Report of Osgoode Hall Study, Compensation for Victims of Automobile Accidents (1965).

_____, "The Destiny of Automobile Accident Compensation in Ontario" (1966a), 14 Chitty's L.J. 79.

_____, "Peaceful Coexistence and Automobile Accident Compensation" (1966b), 9 Can. B.J. 5.

_____, "Automobile Accident Compensation in Ontario -- A System in Transition" (1966-67), 15 Am. J. Comp. L. 301.

_____, "Automobile Cases in the British Columbia Courts" (1967a), 1 U.B.C. L. Rev. 194.

_____, "The Prevention of Traffic Accidents" (1967b), 15 Chitty's L.J. 80.

_____, "Auto Accident Compensation in Alberta: Toward Peaceful Coexistence?" (1968a), 6 Alta. L. Rev. 219.

_____, "Auto Accident Compensation in Ontario -- An Unanswered Challenge?" (1968b), 16 Chitty's L.J. 222.

_____, "Canadian Victims of Crime" (1969a), 17 Chitty's L.J. 82.

_____, "International Conference on Compensation to Innocent Victims of Violent Crime" (1969b), 11 Crim. L.Q. 145.

_____, "Victims of Crime and Tort Law" (1969c) 12 Can. B.J. 17.

_____, "Automobile Insurance Breakthrough in Canada" (1969d), 1 Transp. L. Rev. 171.

_____, "Automobile Insurance -- Canadian Style" (1972), 21 Cath. U.L. Rev. 369.

_____, "Tort Law As Ombudsman" (1973), 51 Can. B. Rev. 155.

_____, "No-Fault Insurance in Canada" (1974), 9 Themis 140.

_____, "Faulty No-Fault: A Critique of the OLRC Report on Motor Vehicle Accident Compensation" (1975), 13 Osgoode Hall L.J. 449.

_____, "Restitution, Compensation for Victims of Crime and Canadian Criminal Law" (1977), 19 Can. J. Crim. 3.

Lipsey and Lancaster, "The General Theory of Second Best" (1956-57), 24 Rev. Econ. Stud. 11.

Little, "No-Fault Reparation in Florida: An Empirical Examination of Some of Its Effects" (1975), 9 Mich. J. Law Ref. 1.

Lofchik, "The Ontario Motor Vehicle Accident Claims Act" (1970), 28 U. Toronto Fac. L. Rev. 94.

McClellan, "Strict Liability for Drug-Induced Injuries: An Excursion Through the Maze of Product Liability, Negligence and Absolute Liability" (1978), 25 Wayne L. Rev. 1.

MacDonald, "Criminal Injuries Compensation Act: Draft Uniform Act" (1970), Conf. Comm. Uniform Leg. 271.

McGrady, "Compensation Scheme or Tort Liability" (1966), 2 Man. L.J. 49.

McGrath, "Compensation to Victims of Crime in Canada" (1970), 12 Can. J. Corr. 11.

McInnes, Welfare Legislation and Benefit Plans in Canada (1974).

MacKay, "The Costliness of Information and Its Effect on the Analysis of Law," in Proceedings of the Seventh Annual Workshop on Commercial and Consumer Law (1977).

McKean, "Products Liability: Implications of Some Changing Property Rights" (1970a), 84 Q.J. Econ. 611.

_____, "Products Liability: Trends and Implications" (1970b), 38 U. Chi. L. Rev. 3.

MacKenzie, "Some Reflections on Negligence, Damages and No-Fault Compensation" (1975), 10 U.B.C. L. Rev. 27.

McRuer, "The Motor Car and the Law" (1966), 4 Osgoode Hall L.J. 54.

Manitoba, Government White Paper, Accident and Sickness Compensation in Manitoba (3 vols., 1977).

Marshall, "Compensation: New Atonement for Old Guilt?" (1971), 2 Can. B.J. 24.

Mendeloff, Regulating Safety: An Economic and Political Analysis (1979).

Merrill, "Risk-Benefit Decision-Making by the Food and Drug Administration" (1977), 45 Geo. Wash. L. Rev. 994.

Mickleburgh, Consumer Protection (1979).

Miers, "The Ontario Criminal Injuries Compensation Scheme" (1974), U. Toronto L.J. 347.

Migue and Belanger, The Price of Health (1974).

Miller and Lovell, Product Liability (1977).

Minda, "The Lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law" (1978), 39 Ohio St. L.J. 439.

Morphy, "Safety Standards Legislation" (1976), Law Society of Upper Canada Special Lectures 179.

Morris and Paul, "The Financial Impact of Automobile Accidents" (1962), 110 U. Pa. L. Rev. 913.

Moynihan, Copying: Essays on the Practice of Government (1973).

National Commission on Product Safety, Final Report (1970).

New York Insurance Department, Automobile Insurance...For Whose Benefit? (1970).

New Zealand, Report of the Royal Commission of Inquiry on Compensation for Personal Injury in New Zealand (Woodhouse) (1967).

_____, Report of the Torts and General Law Reform Committee of New Zealand on Products Liability (1974).

"No-Fault Benefits under the B.C. Insurance Act: A Panel Discussion" (1973), B.C. Branch Lectures 129.

Note, "No-Fault Automobile Insurance: An Evaluation Survey" (1977), 30 Rutgers L. Rev. 909.

O'Connell, The Injury Industry and the Remedy of No-Fault Insurance (1971).

_____, "No-Fault Insurance for All Accidents" (1975a), 13 Osgoode Hall L.J. 461.

_____, Ending Insult to Injury: No-Fault Insurance for Products and Services (1975b).

_____, "Transferring Injured Victims' Tort Rights to No-Fault Insurers: New 'Sole Remedy' Approaches to Cure Liability Insurance Ills" (1977a), 3 U. Ill. L.F. 749.

_____, "Operation of No-Fault Auto Laws: A Survey of Surveys" (1977b), 56 Neb. L. Rev. 23.

_____, "Design Litigation and the State of the Art: Terminology, Practice and Reform" (1978), 11 Akron L. Rev. 627.

_____, The Lawsuit Lottery: Only the Lawyers Win (1979).

Ogus, Corfield and Harris, "Pearson: Principled Reform or Political Compromise" (1978), 7 Indus. L.J. 143.

Oi, "The Economics of Product Safety" (1973), 4 Bell J. Econ. & Manag. Sci. 3.

_____, "The Economics of Product Safety: A Rejoinder" (1974), 5 Bell J. Econ. & Manag. Sci. 689.

_____, "On Socially Acceptable Risks," in Phillips, ed., Safety at Work (1977) at 35.

Ontario Criminal Injuries Compensation Board, Tenth Annual Report, 1978-79 (1979).

Ontario Economic Council, Government Regulation: Issues and Alternatives (1978).

Ontario Law Reform Commission, Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods (1972).

_____, Report on Motor Vehicle Accident Compensation (1973).

_____, Report on Sale of Goods (1979a).

_____, Report on Products Liability (1979b).

Ontario Ministry of Community and Social Services, Forty-Eighth Annual Report, 1978-79 (1979a).

_____, Quarterly Statistical Bulletin, January-March 1979 (1979b).

Ontario Ministry of Health, Annual Report 1978-79 (1979a).

_____, Hospital Statistics 1978-79 (1979b).

_____, OHIP Practitioner Care Statistics 1978-79 (1979c).

Ontario, Report on Laws Relating to the Liability of Employers (Meredith) (1913).

_____, Report of the Royal Commission in the Matter of the Workmen's Compensation Act of Ontario (McGillivray) (1967).

_____, Report of the Task Force on Administration of Workmen's Compensation in Ontario (Aird) (1973).

Ontario Select Committee on Company Law, Second Report on Automobile Insurance (1978).

_____, The Insurance Industry (Third Report) (1979).

Ontario Select Committee on Health Care Financing and Costs, Report of the Select Committee on Health Care Financing and Costs (1978).

Ontario Workmen's Compensation Board, Annual Report 1978 (1979a).

_____, The Workmen's Compensation Act Amendments (pamphlet, 1979b).

Osgoode Hall, Study on Compensation for Victims of Automobile Accidents (1965).

Palmer, "Abolishing the Personal Injury Tort System: The New Zealand Experience" (1971), 9 Alta. L. Rev. 169.

_____, "Compensation for Personal Injury: A Requiem for the Common Law in New Zealand" (1973), 21 Am. J. Comp. L. 1.

_____, "Dangerous Products and the Consumer in New Zealand," [1975] New Zealand L.J. 366.

_____, "Inspired Tinkering v. Holistic Social Engineering -- Jeffrey O'Connell and the American Tort System" (A review of Jeffrey O'Connell's book Ending Insult to Injury) (1976), 25 Drake L. Rev. 893.

_____, "Accident Compensation in New Zealand: The First Two Years" (1977), 25 Am. J. Comp. L. 1.

Pauly, "The Economics of Moral Hazard: Comment" (1968), 58 Am. Econ. Rev. 531.

_____, "Overinsurance and Public Provision of Insurance: The Roles of Moral Hazard and Adverse Selection" (1974), 88 Q.J. Econ. 44.

Peltzman, Regulation of Automobile Safety (1975).

_____, "The Effects of Automobile Safety Regulation" (1975), 83 J. Pol. Econ. 677.

Polinsky, "Economic Analysis as a Potentially Defective Product" (1974), 87 Harv. L. Rev. 1655.

Posner, "A Theory of Negligence" (1972), 1 J. Legal Stud. 29.

_____, "Strict Liability — A Comment" (1973a), 2 J. Legal Stud. 205.

_____, Economic Analysis of Law (1973b).

_____, "A Comment on No-Fault Insurance for All Accidents" (1975), 13 Osgoode Hall L.J. 471.

_____, Economic Analysis of Law (2nd ed. 1977).

Prevost (Head, Statistical Section, Evaluation and Assessment Division, Income Security Programs, Health and Welfare Canada), Letter dated June 2, 1980.

Priest, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules" (1977), 6 J. Legal Stud. 65.

Prosser, "The Assault upon the Citadel" (1960), 69 Yale L.J. 1099.

_____, "The Fall of the Citadel" (1966), 50 Minn. L. Rev. 791.

Rabin, "Some Thoughts on Tort Law from a Socio-Political Perspective" (1969), Wis. L. Rev. 51.

_____, Perspectives on Tort Law (1976).

Rachlin, "No-Fault Liability Insurance: What Should the Practitioner Do?" (1973), 7 Law Soc. Gaz. 282.

_____, "Accident Benefits -- Revisited" (1979), 13 Law Soc. Gaz. 51.

Rambin, "The Consumer Product Safety Act and Private Causes of Action for Personal Injury: What Does the Consumer Gain?" (1978), 30 Baylor L. Rev. 115.

Reder, "Economic Analysis of Medical Malpractice" (1976), 5 J. Legal Stud. 267.

Reed, "Workmen's Compensation in Ontario" (1976), Law Society of Upper Canada Special Lectures 95.

"Regulations Alone Don't Prevent Accidents" (1972), 72 Lab. Gaz. 25.

Research Group International, First World Congress on Product Liability (London, Jan. 19-21, 1977).

Rokes, No-Fault Insurance (1971).

Romero, "The Consumer Product Warranties Act" (1978-79), 43 Sask. L. Rev. 81.

Ross, Settled out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment (1970).

Rothschild and Stiglitz, "Equilibrium in Competitive Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information" (1976), 90 Q.J. Econ. 629.

Rowe, "Government Regulation of Societal Risks" (1977), 45 Geo. Wash. L. Rev. 944.

Rubin, "Why Is the Common Law Efficient?" (1977), 6 J. Legal Stud. 51.

Sandford, "Accident Compensation -- Its Development and Future" (paper delivered at the 1978 Triennial Conference of the New Zealand Law Society, Auckland, New Zealand, March 1978, by K.L. Sandford, Chairman of the Accident Compensation Commission).

Saranchuk, "Presentation of a Personal Injury Claim: Role of the Manitoba Public Insurance Corporation" (1979), 9 Man. L.J. 171.

Saskatchewan Bar Association, Brief to the Minister's Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents (1976).

Saskatchewan Department of Labour, Report of the Sickness and Accident Insurance Committee (1976).

Saskatchewan Government Insurance, Brief to the Minister's Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents (1976).

Saskatchewan, Report of the Special Committee on the Study of Compensation for Victims of Automobile Accidents (Allore) (1947).

_____, The Consumer Products Warranties Act, S.S. 1976-77, c. 15.

_____, Report of the Minister's Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents (Carter) (1977).

Saucier, "Some Random Reflections on the No-Fault Concept" (1972), 10 Alta. L. Rev. 132.

Savage and Friedman, "The Utility Analysis of Choices Involving Risk" (1948), 56 J. Pol. Econ. 279.

Scalia and Goodman, "Procedural Aspects of the Consumer Product Safety Act" (1973), 20 U.C.L.A. L. Rev. 899.

Schmitt, "Automobile Insurance in British Columbia" (1977), 35 Advocate 497.

Schneider and Solomon, A Practical Guide to Unemployment Insurance (1977).

Schwartz, "Professor O'Connell's No-Fault Plan for Products and Services: Have New Problems Been Substituted for Old?" (1975), 70 Nw. U.L. Rev. 639.

_____, "The Uniform Product Liability Act -- A Brief Overview" (1980), 33 Vand. L. Rev. 579.

Schwartz and Wilde, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis" (1979), 127 U. Pa. L. Rev. 630.

Sharpe, Interprovincial Product Liability Litigation: Jurisdiction, Enforcement and Choice of Law (Consumer and Corporate Affairs Canada, 1981).

Sherman, "The Pearson Report and Insurance," in Allen, Bourne and Holyoak, eds., Accident Compensation after Pearson (1979) at 119.

Shillington, The Road to Medicare in Canada (1972).

Silk and MacGrath, "Compensation for Victims of Crime in Ontario" (1975), 9 Law Soc. Gaz. 29.

Silver, "A Survey of Views on Motor Vehicle Accident Compensation and the Concept of Fault" (1963), 2 Osgoode Hall L.J. 452.

Slattery, Terschan and Griffin, "Product Liability Verdict Formulation in Wisconsin" (1978), 61 Marq. L. Rev. 381.

Smith, "Products Liability: A Compendium of Reform" (1977-78), 15 Hous. L. Rev. 871.

Smith, "Sequel to Workmen's Compensation Acts" (1913), 27 Harv. L. Rev. 235 and 344.

Smith, "Workmen's Compensation Procedure in British Columbia" (1962), 1 U.B.C. L. Rev. 597.

Soderstom, The Canadian Health System (1978).

Somerville, "The Motorists' Compensation Board" (1962), 5 Can. B.J. 375.

Spangenberg, "No-Fault Fact, Fiction and Fallacy" (1973), 44 Miss. L.J. 15.

Spence, "Consumer Misperception, Product Failure and Producer Liability" (1977), 44 Rev. Econ. Stud. 561.

Spengler, "Economics of Safety" (1968), 38 Law & Contemp. Prob. 619.

Star, "Risky Products and Consumer Protection: An Economic Study of Information, Insurance Warranties and Liability" (unpublished, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979).

Steinecke, "The Regulation of Product Safety in Canada" (unpublished, 1980a).

_____, "Personal Injury Compensation Schemes in Canada" (unpublished, 1980b).

Steiner, "Economics, Morality and the Law of Torts" (1976), 26 U. Toronto L.J. 227.

Stigler, "The Economics of Information" (1961), 69 J. Pol. Econ. 213.

_____, "The Theory of Economic Regulation" (1971), 2 Bell J. Econ. 22.

Stoljar, "Accidents, Costs and Legal Responsibility" (1973), 36 Mod. L. Rev. 233.

Stoll, "Penal Purposes in the Law of Torts" (1970), 18 Am. J. Comp. L. 3.

Strause and Hedden, "Liability for Product Design in Ohio: A First Step Toward Solution" (1978), 11 Akron L. Rev. 663.

"Strict Products Liability to the Bystander: A Study in Common Law Determinism" (1970-71), 38 U. Chi. L. Rev. 625.

Symposium, "Product Liability: Economic Analysis and the Law" (1970-71), 38 U. Chi. L. Rev. 1.

Symposium, "Symposium on No-Fault Automobile Insurance" (1974), 8 Law Soc. Gaz. 17.

Symposium, "The Economics of Information," [1976] Q.J. Econ. 591.

Symposium, "Economics of Information," [1977] Rev. Econ. Stud. 389.

Symposium, The Future of Personal Injury Compensation (held at the University of Calgary Faculty of Law, Jan. 1978) (1979).

Szakats, "Community Responsibility for Accident Injuries: The New Zealand Accident Compensation Act" (1973), 8 U.B.C. L. Rev. 1.

_____, "The Re-emergence of Common Law Principles in the New Zealand Accident Compensation Scheme" (1978), 7 Indus. L.J. 216.

Tay, "The Foundation of Tort Liability in a Socialist Legal System: Fault versus Social Insurance in Soviet Law" (1969), 19 U. Toronto L.J. 1.

Taylor, Health Insurance and Canadian Public Policy (1978).

Taylor, "Seizures and Injunctions: Their Role in FDA's Enforcement Program" (1978), 33 Food, Drug, Cosm. L.J. 596.

Tebbens, International Products Liability (1979).

Transport Canada, Road Safety Annual Report, 1978 (1978).

Treasury Board, A Case Study: Proposed School Bus Safety Standards under the Canadian Motor Vehicle Act (1978).

_____, A Case Study: Safety Class Regulations under the Hazardous Products Act (1980).

Trebilcock, Waverman and Prichard, "Markets for Regulation: Implications for Performance Standards and Institutional Design," in Ontario Economic Council, Government Regulation (1978) at 11-66.

U.S. Dept. of Transportation, Motor Vehicle Crash Losses and Their Compensation in the United States (1971).

_____, State No-Fault Automobile Insurance Experience 1971-77 (1977).

United States, House Committee on Small Business Sub-Committee on Capital, Investment and Business Opportunities (Rep. J.J. LaFalce, Chairman), Report on Product Liability Insurance: Highlights (March 1978).

United States, Report to the Columbia University Council for Research in the Social Sciences, Compensation for Automobile Accidents (1932).

United States Senate Committee on Commerce, Science and Transportation Sub-Committee for Consumers, Implementation of the Consumer Product Safety Act: Oversight Hearings (1977).

United States Senate Select Committee on Small Business, Hearings on Impact on Product Liability (Parts I-IV) (Sept. 8, 10, Oct. 20, 1977, March 9, 10, 1978).

United States Senate Sub-Committee for Consumers of the Committee on Commerce, Science and Transportation, Hearings on Product Liability Insurance (April 27-29, 1977).

Veteran Affairs Canada, Annual Report 1977-78 (1979).

Verti, "Products Liability: The Developing Framework for Analysis" (1975) 54 Oreg. L. Rev. 293.

Waddams, Products Liability (2nd ed. 1980).

Wakeling, "The Saskatchewan Government Insurance Office and the Automobile Accident Victim" (1977), 41 Sask. L. Rev. 303.

Walker, "The Motor Vehicle Safety Act 1970 and the Consumer," in Neilson, ed., Consumer and the Law in Canada (unpublished, 1970) at 356.

Weaver, "The Hazards of Trying to Make Consumer Products Safer," in Aaker and Day, eds., Consumerism: Search for the Consumer Interest (3rd ed. 1978).

Weir, "The Pearson Commission Report" (1978), 37 Camb. L.J. 222.

Welsh, "Saskatchewan Plans Universal Insurance," Globe and Mail (Aug. 25, 1980).

Whitford, "Products Liability," in Supplemental Studies to Final Report: National Commission on Product Safety (Vol. 3) (1970).

Widiss, "A Survey of No-Fault Personal Injury Experience," in Council on Law-Related Studies, No-Fault Automobile Insurance in Action (1977).

Williamson et al., "Externalities, Insurance and Disability Analysis" (1967), 34 Economica 235.

Wilson, "A Model of Insurance Markets with Incomplete Information" (1977), 16 J. Econ. Theory 167.

Winter, "Economic Regulation vs. Competition: Ralph Nader and Creeping Capitalism" (1973), 82 Yale L.J. 840.

Wirfs, "B.C. Worker's Compensation: A Model for Other Jurisdictions" (1977), 77 Lab. Gaz. 404.

Wittman, "Prior Regulation versus Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring" (1977), 6 J. Legal Stud. 193.

Wright, "The Adequacy of the Law of Torts," in Linden, ed., Studies in Canadian Tort Law (1968a) at 579.

_____, "The Province and Function of the Law of Torts," in Linden, ed., Studies in Canadian Tort Law (1968b) at 1.

Wright and Linden, Canadian Tort Law: Cases and Materials (7th ed. 1980).

Wyatt, Examination of the Financial Structure of the Workmen's Compensation Board and an Assessment of the Actuarial Deficit (1978).

Zander, "Promoting Change in the Legal System" (1979), 42 Mod. L. Rev. 489.

Zarnett, "Tort Liability for Defective Automobile Design" (1975), 13 Osgoode Hall L.J. 483.

Newspaper Articles

"Big Pop Bottles Pulled off Shelves after Woman Hurt," Globe and Mail (June 26, 1979).

"Bill on Safe Shipment of Goods Nears Vote," Globe and Mail (July 11, 1980).

"Compensation: A Widow Learns the Bitter Truth," Globe and Mail (June 6, 1980).

"Exploding Car May Cost Ford $128 Million," Toronto Star (Feb. 19, 1978).

"Ford Planning a Fight If Huge Recall Forced," Globe and Mail (June 13, 1980).

"1.5 Litre Soft Drink Bottles to Return with Plastic Coat," Toronto Star (May 17, 1980).

"Minister Puts Onus on Industry, Won't Ban Pop Bottles," Globe and Mail (June 29, 1979).

"MPs Cheer Increase in War Pensions," Globe and Mail (July 10, 1980).

"Novel Tort Theory Upheld," National Law Journal (April 7, 1980).

"Ottawa Will Explore Legal Options If Ford Transmission Proves Faulty," Globe and Mail (June 14, 1980).

"Pesticide Testing Fudged by American Firm, Ottawa Says," Globe and Mail (June 25, 1980).

"Property-Casualty Insurers Post Substantial Underwriting Game," Financial Post (June 6, 1979).

Province of British Columbia News Release re 1.5 Litre Bottles (June 26, 1979).

"Research Finds No Solution to Exploding Pop Bottles," Globe and Mail (July 11, 1979).

"Restrict MDs' Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told," Globe and Mail (Sept. 4, 1980).

"The Product Goes on Trial," Financial Times (Feb. 4, 1980).

"Wawanesa Head Feels Needed in Manitoba's Auto Coverage," Globe and Mail (May 5, 1979).

"WCB Called a Biased, Nightmarish Jungle, by OFL," Globe and Mail (Aug. 27, 1980).

"What a Car Owner Pays," Financial Post (March 10, 1979).

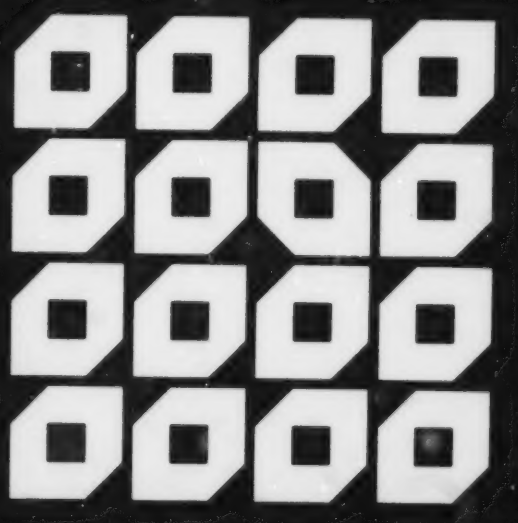
"Workers' Compensation under Fire," Toronto Star (Aug. 16, 1980).

"You May Pay Next Year for Insurance Bargain," Financial Post (April 28, 1979).

Responsabilité du fait des produits et indemnisation du préjudice corporel au Canada : intégration et rationalisation

(Volume I)

E. P. Belobaba



Consommation et Corporations Canada
Consumer and Corporate Affairs Canada

In English: Products Liability and Personal Injury Compensation in Canada: Towards Integration and Rationalization

Available from: Communications Service
Consumer and Corporate Affairs Canada
Ottawa, Ontario
K1A 0C9

RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS ET INDEMNISATION DU PRÉJUDICE CORPOREL AU CANADA : INTÉGRATION ET RATIONALISATION

E.P. Belobaba
Professeur agrégé et vice-doyen
Faculté de droit Osgoode Hall
Université de York

Direction générale de l'analyse des politiques,
de la recherche et de la liaison
Bureau de la coordination des politiques
Consommation et Corporations Canada

Volume I

L'analyse et les conclusions contenues dans ce rapport ne représentent pas nécessairement le point de vue du ministère.

Études sur la responsabilité du fait des produits
Direction générale de l'analyse des politiques,
de la recherche et de la liaison
Bureau de la coordination des politiques

Publiées

La responsabilité du fait des produits : réflexions sur l'aspect juridique des questions fondamentales, par Saul Schwartz, Jacob S. Ziegel et Louis Romero, 1979.

La responsabilité du fait des produits dans les litiges interprovinciaux : compétence, exécution et choix de la loi applicable, par Robert J. Sharpe, 1981.

La responsabilité du fait des produits dans les litiges interprovinciaux : juridiction, exécution et règles de conflits de lois en droit international privé québécois, par David Appel, 1982.

Responsabilité du fait des produits et indemnisation du préjudice corporel au Canada : intégration et rationalisation (Vol. I), par E.P. Belobaba, 1983.

Réforme en matière de garantie des produits de consommation : réglementation en quête de rationalité (Vol. II), par E.P. Belobaba, 1983.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1983
RG23-73/1-1983F au catalogue
ISBN 0-662-91964-5

"Nous faisons des choix tous les jours en droit des accidents et ce, sans même nous poser les bonnes questions[...]. À titre d'avocats et d'économistes, il est de notre devoir de veiller à ce que les bonnes questions soient posées et que toutes les données disponibles qui pourraient constituer un élément de réponse soient mises de l'avant."*

*Calabresi et Bass,
(1970-71) 38 Chicago, L.R. 74, à la page 90.

REMERCIEMENTS

Dans le cadre de cette étude, j'ai bénéficié de la collaboration d'un grand nombre de personnes et il me serait impossible de toutes les mentionner. Je tiens tout d'abord à remercier mes deux assistants de recherche dynamiques et brillants, MM. Andrew Beaman et Richard Steinecke, qui ont travaillé avec moi pendant les mois d'été de 1979 et de 1980 et m'ont aidé à épurer et assimiler une montagne de données. Je veux aussi remercier les nombreux chercheurs et les technocrates d'Ottawa, de Washington et des capitales provinciales, qui ont si gracieusement mis leur temps et leurs connaissances à ma disposition. Je me dois aussi de signaler l'aide précieuse de M. Jonathan Guss qui était alors chargé de recherche au ministère de la Consommation et des Corporations. Je ne saurais terminer sans mentionner le travail de secrétariat absolument remarquable qu'ont effectué M^mes^ Linda Day et Terry Hamilton de la Faculté de droit Osgoode Hall. Il va sans dire que je suis entièrement responsable de toutes erreurs ou omissions que peut contenir cette étude.

PRÉFACE

Depuis quelques années, les dirigeants en matière de consommation se sont abondamment entretenus de la question des produits défectueux et de la meilleure façon de la régler. Dès 1977, lors de la conférence de Montebello, les ministres fédéral et provinciaux de la consommation avaient déterminé qu'il s'agissait là d'un domaine méritant une attention immédiate et avaient ordonné une enquête.

Dans le cadre de cette enquête, le professeur Belobaba, de la Faculté de droit Osgoode Hall, a examiné les questions que soulèvent les produits défectueux. Ses recherches ont abouti à deux études.

Dans cette étude complétée en 1981, l'auteur traite des dommages corporels causés par des produits, sur la personne de consommateurs ou de non-consommateurs, dans le contexte de l'indemnisation globale en cas d'accidents. Il fait une analyse critique des régimes d'indemnisation existants et donne des arguments en faveur de l'intégration et de la rationalisation de ces régimes.

Dans la seconde étude, complétée également en 1981, le professeur Belobaba examine le domaine des pertes financières causées par des produits défectueux, y compris les multiples aspects des garanties. Ici encore, l'auteur propose certaines orientations de réforme et de rationalisation. Ces deux études devraient servir de tremplin à une vaste réforme de la part des instances fédérales et provinciales, sur des sujets très controversés, mais d'une grande importance pour les consommateurs canadiens.

T. Russell Robinson
Sous-ministre adjoint
Bureau de la coordination des
politiques

GLOSSAIRE

"Responsabilité du fait des produits" : domaine du droit qui régit la responsabilité du fournisseur d'un produit défectueux qui cause un préjudice corporel à l'acheteur ou à l'usager. La responsabilité peut être contractuelle ou délictuelle. Lorsque la victime peut établir un lien contractuel avec le défendeur, la responsabilité de ce dernier est fondée sur son obligation de garantie (contrat). En l'absence d'un lien contractuel, par exemple, si c'est le manufacturier qui est mis en cause, la responsabilité est de nature délictuelle ou quasi-délictuelle. Dans la plupart des causes de responsabilité, ce n'est pas le fournisseur direct (mais en général, le manufacturier) qui est poursuivi et alors le recours tombe sous le coup de la responsabilité extra-contractuelle (tort).

"Responsabilité stricte" : il s'agit d'une règle particulière du régime de la responsabilité civile délictuelle (tort). Dans ce cas, le demandeur n'est tenu, pour avoir gain de cause, que de prouver la défectuosité du produit, le préjudice qu'il a subi et le lien de causalité entre les deux. La responsabilité stricte est opposée à la règle de la faute (négligence), qui exige du demandeur qu'il fasse non seulement la preuve de la défectuosité, du préjudice subi, du lien de causalité, mais aussi jusqu'à un certain point de la négligence ou de la "faute" du fournisseur. La responsabilité stricte élimine la preuve de la faute, mais exige quand même la preuve du défaut, du dommage et du lien de causalité.

"Sans égard à la faute" : est une expression utilisée si fréquemment qu'elle n'a pas de sens précis ou unique. La plupart des consommateurs ont recours à l'expression pour décrire un régime d'indemnisation du préjudice qui verse à la victime de l'accident une indemnité sans égard à la faute ou à la culpabilité. Le seul critère est celui du préjudice ou de l'incapacité. Les régimes "sans égard à la faute" les plus connus sont des régimes d'indemnisation comme celui des accidents de travail.

"Assurance-dommages" : un tel régime verse une indemnité directement à l'assuré dans le cas d'un préjudice ou d'un dommage particulier. L'assurance sur la vie ou l'assurance-incendie sont des exemples traditionnels de l'assurance dommages.

"Assurance-responsabilité ou dommages au tiers" : cette assurance n'entre en jeu que lorsque l'assuré est responsable d'un préjudice ou d'un dommage causé à un tiers. L'exemple le plus connu dans ce cas est l'assurance-automobile.

SOMMAIRE

Cette étude présente une approche multidisciplinaire du problème de l'indemnisation du préjudice corporel et propose un certain nombre de changements majeurs dans la législation ainsi qu'une orientation pour les recherches futures, afin de favoriser une plus grande intégration et une rationalisation des régimes fédéraux et provinciaux de compensation qui ne réussissent actuellement qu'à semer la confusion tellement ils sont fragmentés et mal coordonnés. Vous trouverez ci-après un résumé des principales conclusions et recommandations contenues dans chacun des neuf chapitres de l'étude.

I. La responsabilité du fait des produits : évolution et situation actuelle

Le problème des dommages causés par des produits a pris une ampleur considérable au Canada. Chaque année, environ 3,5 millions de Canadiens subissent des blessures causées par des produits (2,4 millions se blessent à la maison); 11 000 Canadiens sont atteints d'invalidité permanente et de trois à cinq mille se tuent. Le coût social total dépasse $2 milliards par année. Presque tous les projets récents de réforme du droit, tout comme les changements apportés à la législation et à la jurisprudence, vont dans le sens d'une réforme de la responsabilité civile (avec l'adoption de la responsabilité stricte) pour faire face au problème des blessures causées par des produits.

II. Le débat sur la question de la responsabilité du fait des produits : où devrions-nous en être?

Le débat actuel sur la responsabilité du manufacturier est faussé tant sur la portée que sur le contenu de la question. On présume qu'il vaut mieux réformer le régime de la responsabilité civile (responsabilité stricte) sans même tenir compte des nombreuses recherches empiriques qui prouvent le contraire. Le problème de la responsabilité du fait des produits n'est pas placé dans son contexte. On refuse de tenir compte des données et de la documentation existantes qui proposent d'autres approches, ou même d'admettre la pertinence des récents progrès réalisés dans d'autres juridictions.

III. La responsabilité du fait des produits et l'indemnisation des victimes d'accidents au Canada de nos jours

L'indemnisation des victimes d'accidents au Canada tient essentiellement aujourd'hui à un ensemble de régimes fédéraux et provinciaux d'indemnisation sans égard à la faute qui, per capita, ont une plus grande incidence sociale et financière sur le

Canadien victime d'un préjudice corporel ou atteint d'invalidité que le recours en responsabilité civile devant les tribunaux. Ces régimes d'indemnisation sans égard à la faute sont importants du point de vue financier ($5,5 milliards par année), mais ils sont disparates, inégaux et mal coordonnés.

Actuellement, l'indemnisation des victimes d'accidents se fait par un méli-mélo des différents régimes basés sur la faute et d'autres sans égard à la faute, qui ne réussissent qu'à semer la confusion chez les Canadiens victimes de blessures. La question primordiale n'est pas celle de la responsabilité stricte mais bien celle de l'organisation de l'ensemble du système. Devons-nous poursuivre nos politiques disparates ou tenter de rationaliser et d'uniformiser nos méthodes? Dans ce débat de l'organisation de l'ensemble du système, il importe de se demander dans quelle mesure l'assurance sociale fait déjà partie intégrante de nos structures politiques.

IV. Responsabilité du fait des produits et assurance sociale : tendances et propositions

Au Canada, l'assurance sociale est un phénomène puissant qui prévaut aujourd'hui. Même si certains programmes existants soulèvent parfois le mécontentement, la valeur fondamentale et le bien-fondé de régimes comme celui de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail ou l'assurance-maladie provinciale ne se discutent même plus. Ces programmes d'assurance sociale ne sont pas appelés à disparaître. Tout indique que l'élargissement des mesures d'assurance sociale se poursuivra tant au Canada que sur le plan international.

La raison première de ce passage à une approche institutionnelle en matière de sécurité sociale est cette préoccupation de plus en plus grande de la société en ce qui concerne l'invalidité et l'indemnisation des victimes d'accidents. Que cette tendance reflète un sens civique accru ou soit simplement un impératif financier, l'accent mis sur l'indemnisation de la victime tend nécessairement vers l'adoption d'un régime global sans égard à la faute.

Malgré les recherches effectuées et les données considérables à l'appui du bien-fondé et de l'application d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents, d'aucuns prétendent encore qu'il faut conserver le recours en responsabilité civile. Afin de nous convaincre une fois pour toutes du bien-fondé du fait de garder le mécanisme dans les cas de blessures causées par des produits, il convient de réexaminer tous les arguments avancés de part et d'autre.

V. Responsabilité civile et réparation du préjudice

Les défauts du recours en responsabilité civile comme moyen de réparation des blessures causées par des produits sont nombreux : la protection inadéquate, l'aspect "loterie" du recours, le caractère arbitraire inhérent à l'évaluation des dommages, les retards indus, les frais exhorbitants et le fait que même les "gagnants" perdent. Ces lacunes ont été abondamment traitées dans les ouvrages en la matière. En effet, il se dégage un consensus sur le point suivant : si la réparation constitue la seule raison justifiant le maintien de la responsabilité civile dans le cas d'un accident causé par un produit, nous ne sommes pas fondés de continuer à y avoir recours.

VI. Responsabilité civile et prévention des accidents

L'argument selon lequel la responsabilité civile est un bon moyen de prévention n'a pas de fondements ni théoriques, ni empiriques. La théorie de la dissuasion est très boiteuse. Dans la pratique, c'est encore pire. Les actions en responsabilité ont très peu d'effet préventif en raison de la combinaison des problèmes suivants : le manque d'initiative des victimes, l'inefficacité des tribunaux, l'iniquité des sanctions, les écarts en matière d'assurance et la facilité de contourner les règles. De fait, étant donné l'existence de l'assurance-responsabilité et la possibilité d'établir des primes personnalisées dans un régime d'indemnisation sans égard à la faute, le débat entourant la question de l'aspect préventif manque tout à fait d'à-propos.

VII. Un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents

La question du régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents se résume en dix points :

1. Les cas d'invalidité suite à des accidents mettant en cause des produits constituent un problème social important.

2. Près de 75 p. 100 de toutes les blessures accidentelles ne sont pas reliées au travail. Toutefois, ce sont dans les cas d'invalidité de courte ou de longue durée par suite de blessures non reliées au travail que les régimes d'assurance sont le moins efficaces.

3. Notre approche actuelle de l'indemnisation des victimes d'accidents consiste en un nombre effarant de régimes basés sur la faute et de régimes sans égard à la faute; ceux-ci sont onéreux et mal coordonnés, c'est pourquoi il est essentiel de les rationaliser et de les uniformiser.

4. L'idée de conserver le recours en responsabilité civile, même en supposant l'adoption de la responsabilité stricte, ne peut se justifier. La responsabilité civile échoue lamentablement tant comme moyen de réparation que de prévention. C'est l'évidence même.

5. Quant au principe de la réparation, tous conviennent que l'assurance individuelle sans égard à la faute serait grandement supérieure. Un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents serait non seulement plus complet, plus stable et plus facile à administrer, mais il serait aussi plus efficace, moins cher et plus juste.

6. La responsabilité civile échoue également comme moyen de prévention. La théorie de la dissuasion est boiteuse; dans la pratique, c'est encore pire. Même si de rares experts dans le domaine de la responsabilité civile demeurent inébranlables face au principe utopique de la dissuasion, toutes les recherches prouvent indubitablement le contraire.

7. De fait, il n'y a pas du tout lieu de débattre la question de l'aspect préventif étant donné la nature et la portée de l'assurance-responsabilité de nos jours. L'établissement de primes personnalisées est probablement le seul moyen d'avoir un impact préventif. Cette technique est applicable et serait vraisemblablement plus efficace dans le cadre d'un régime sans égard à la faute.

8. Il est fort peu probable que l'on puisse compter sur l'assurance privée ou la négociation collective pour obtenir un programme d'indemnisation complet pour tous les Canadiens.

9. L'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents paraît logique et irrésistible sur le plan empirique. La rationalisation et l'intégration sont inévitables pour des raisons sociales et humaines si ce n'est pour des raisons de coût.

10. L'intégration des différents régimes actuels d'assurance sans égard à la faute en un système global d'indemnisation des victimes d'accidents faciliterait le passage logique et inévitable à un système incluant tous les cas d'incapacité, notamment ceux découlant de la maladie ou d'une invalidité.

VIII. Dix préoccupations les plus courantes concernant le régime universel d'indemnisation

Il est possible de répondre aux dix questions les plus fréquemment soulevées quant à un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents par une étude sérieuse :

1. Le risque moral ne constituerait pas un problème en ce qui a trait aux blessures.

2. Tout porte à croire que l'instauration d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents, loin de coûter plus cher, permettrait de réaliser des économies réelles.

3. Le problème de "l'invasion bureaucratique" peut être amoindri grâce à une bonne organisation du système.

4. En théorie, des dommages moraux pour douleur et souffrance physique pourraient être versés en vertu d'un régime d'assurance sans égard à la faute, mais il serait nettement plus réaliste de limiter l'indemnisation aux cas de préjudices à caractère économique.

5. On pourrait prévenir les accidents grâce à une réglementation gouvernementale accrue en matière de sécurité des produits.

6. Un régime facultatif ou volontaire d'assurance sans égard à la faute ne serait pas applicable. Pour être efficace, le régime universel devrait être obligatoire.

7. En théorie, le secteur privé pourrait gérer un régime sans égard à la faute, mais dans la pratique, compte tenu des exigences financières inhérentes à un tel programme, il doit inévitablement être instauré et administré par l'État. S'il est préférable que ce soit un régime public, c'est pour des raisons financières et non idéologiques.

8. Même si la mise en oeuvre d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents devrait prendre plusieurs années, nous devrions refuser d'adopter la "responsabilité stricte", même à titre de solution à court terme. Non seulement la responsabilité stricte est-elle indéfendable sur le plan moral, sans valeur sur le plan empirique et peu rentable sur le plan institutionnel, elle est de plus rétrograde sur le plan de la réforme du droit.

9. Nonobstant le caractère dérisoire de la responsabilité stricte, la question soulèvera beaucoup de controverse, d'abord en ce qui a trait à l'assurance proprement dite, et ensuite en ce qui a trait à la structure législative d'ensemble. La controverse finira par s'éteindre, mais nous aurons perdu un temps considérable.

10. Même si l'instauration d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents semble logique et attrayante d'un point de vue empirique, les obstacles sont de taille : a) il faut du temps pour éduquer les gens; b) les groupes d'intérêt qui préconisent le maintien du statu quo (l'industrie de l'assurance et le Barreau canadien) sont très puissants; et c) les groupes de pression en faveur de la réforme, sont à peu près inexistants.

IX. Un plan d'action pour l'avenir

En dépit du fait que l'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents constituerait une réalisation sociale et politique importante, il reste énormément de recherche à faire avant que ce concept puisse devenir une réalité au Canada :

1. étude plus approfondie des régimes existants d'assurance sans égard à la faute;

2. étude plus approfondie des litiges en matière de responsabilité extra-contractuelle dans le cadre de l'assurance du tiers responsable;

3. recherche sur le fonctionnement des régimes étatisés d'assurance sans égard à la faute existants et les problèmes qu'ils rencontrent;

4. recherche sur l'organisation de l'ensemble du système;

5. recherche sur la structure législative;

6. recherche sur la structure administrative;

7. recherche sur la structure financière;

8. recherche sur les règlements fédéraux et provinciaux concernant la sécurité des produits;

9. élaboration de programmes d'éducation et d'information du public;

10. recherche sur l'élargissement éventuel du système de manière à englober tous les cas d'incapacité, y compris ceux découlant d'une maladie ou d'une invalidité.

Il est absolument essentiel que les études et recherches proposées ci-dessus soient effectuées afin de parvenir à mettre sur pied au Canada un régime global efficace d'indemnisation des victimes d'accidents. Si le régime universel d'assurance sans égard à la faute est mal conçu ou mis en oeuvre prématurément, il risque de crouler rapidement sous le poids de la bureaucratie et de l'inefficacité administrative et le concept de l'assurance invalidité universelle serait abandonné pour bien des années.

En conclusion, sont présentées les recommandations suivantes :

1. Les ministères fédéral et provinciaux de la Santé devraient immédiatement étudier la possibilité de mettre sur pied un système de traitement informatique des données relatives aux blessures en s'inspirant du système NEISS en vigueur aux États-Unis.

2. Au niveau provincial, il faudrait cesser de perdre son temps à discuter de la réforme du droit de la responsabilité civile.

3. Il faudrait, au contraire, profiter de l'occasion pour apporter des réformes législatives logiques et efficaces, et commencer à élaborer un régime global et complet d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute.

4. Une fois que le concept de l'indemnisation universelle des victimes d'accidents aura été accepté, il s'agira de procéder aux recherches essentielles décrites au chapitre IX.

5. Il est enfin recommandé que l'on considère l'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents comme la première étape conduisant à l'adoption éventuelle d'un régime universel d'assurance en cas d'incapacité.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Chapitre I - RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS : ÉVOLUTION ET SITUATION ACTUELLE.....	1
RÉVOLUTION DANS LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS.....	1
LES ACCIDENTS CAUSÉS PAR LES PRODUITS : L'AMPLEUR DU PROBLÈME..	2
Y A-T-IL UNE "CRISE"?.....	4
ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE AUX ÉTATS-UNIS ET AU CANADA.....	9
LES MESURES LÉGISLATIVES.....	11
La Loi sur les garanties des produits de consommation de la Saskatchewan de 1977.....	11
Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation du Nouveau-Brunswick de 1978.....	12
La Loi sur la protection du consommateur du Québec de 1978..	14
PROPOSITIONS DE RÉFORME EN EUROPE.....	15
LE RAPPORT DE LA COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS.....	16
LE DÉBAT SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS : OÙ EN SOMMES-NOUS?.....	20
Chapitre II - LE DÉBAT SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS : OÙ DEVRIONS-NOUS EN ÊTRE?.....	27
EXAMEN DU CONTEXTE.....	27
L'AMPLEUR DE LA CONTROVERSE ACTUELLE.....	28
LA PERTINENCE DE L'EXPÉRIENCE NÉO-ZÉLANDAISE.....	34
Chapitre III - LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS DANS SON CONTEXTE : L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS AU CANADA DE NOS JOURS.....	39
INDEMNISATION DES ACCIDENTS SANS ÉGARD À LA FAUTE AU CANADA DE NOS JOURS : NATURE ET IMPORTANCE.....	39
Les régimes provinciaux d'assurance-santé.....	39
Indemnisation des accidents du travail.....	41
Protection limitée sans égard à la faute en cas d'accidents d'automobiles.....	42
Les prestations d'assurance-chômage pour cause de maladie...	47
Les prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada et du Régime des rentes du Québec.....	47
Les autres régimes d'indemnisation sans égard à la faute....	48
ÉVALUATION DE L'ENSEMBLE DES RÉGIMES.....	49
LE NOEUD DU PROBLÈME : INTÉGRATION OU FRAGMENTATION.....	51

Page

Chapitre IV - RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS ET ASSURANCE SOCIALE : TENDANCES ET PROPOSITIONS..... 57

LE PHÉNOMÈNE DE L'ASSURANCE SOCIALE..... 57
TENDANCES À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE..... 58
LES TENDANCES AU CANADA..... 64
UNE RÉ-ORIENTATION : INDEMNISATION DES VICTIMES..... 72
UN RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS EST-IL INÉVITABLE?..... 75

Chapitre V - RESPONSABILITÉ CIVILE ET RÉPARATION DU PRÉJUDICE..... 83

LA RESPONSABILITÉ CIVILE COMME MOYEN DE RÉPARATION..... 83
LA RÉPARATION : LES LACUNES ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE..... 84
LE PRINCIPE DE LA RÉPARATION : UN CONCENSUS SE DÉGAGE..... 92

Chapitre VI - RESPONSABILITÉ CIVILE ET PRÉVENTION DES ACCIDENTS... 97

LA THÉORIE DE LA DISSUASION..... 98
PROBLÈMES SOULEVÉS PAR CETTE THÉORIE..... 100
LA DISSUASION DANS LES FAITS..... 103
Pourquoi le recours en responsabilité civile ne peut être un moyen de dissuasion auprès de la compagnie poursuivie en justice..... 104
Pourquoi le recours en responsabilité civile ne peut être un moyen de dissuasion auprès de l'individu poursuivi en justice..... 108
LE PRINCIPE DE LA DISSUASION N'EST PAS PERTINENT..... 111
CONCLUSION..... 112

Chapitre VII - UN RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS..... 117

Chapitre VIII - LES DIX PRÉOCCUPATIONS LES PLUS COURANTES CONCERNANT LE RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION.... 127

LE RISQUE MORAL : "LE RÉGIME SANS ÉGARD À LA FAUTE NE RISQUE-T-IL PAS DE FAVORISER LA NÉGLIGENCE?"..... 127
"POUVONS-NOUS NOUS PERMETTRE UN RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS?"..... 128
"L'INVASION BUREAUCRATIQUE"..... 129
LES DOMMAGES MORAUX : "ET MON DROIT D'ÊTRE INDEMNISÉ POUR LA DOULEUR ET LA SOUFFRANCE?"..... 130
LA DISSUASION : "COMMENT PROMOUVOIR LA SÉCURITÉ"..... 134
LA LIBERTÉ DE CHOIX : "LE RÉGIME SANS ÉGARD À LA FAUTE DOIT-IL ÊTRE OBLIGATOIRE?"..... 137
LA CONCEPTION GÉNÉRALE DU RÉGIME : "DOIT-IL ÊTRE ÉTATISÉ?"..... 141

Page

LES STRATÉGIES À COURT TERME : "L'ADOPTION DE LA RESPONSABILITÉ STRICTE N'EST-ELLE PAS, AU MOINS, UN PAS DANS LA BONNE DIRECTION?"..... 142

REMISE EN QUESTION : "SI LA RESPONSABILITÉ STRICTE EST AUSSI VIDE DE SENS QUE VOUS LE DITES, POURQUOI UNE TELLE CONTROVERSE?"..... 144

L'INSATISFACTION : "SI L'ARGUMENTATION SUR LE RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS EST AUSSI EXPLICITE QUE VOUS LE DITES, POURQUOI N'ADOPTE-T-ON PAS LE RÉGIME?"..... 147

Chapitre IX - UN PLAN D'ACTION POUR L'AVENIR..... 155

Chapitre X - CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS..... 161

BIBLIOGRAPHIE..... 169

Chapitre I

RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS : ÉVOLUTION ET SITUATION ACTUELLE

RÉVOLUTION DANS LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS

On entend parler de plus en plus de responsabilité du fait des produits. Ce n'est pas encore bien connu, ni même un domaine de droit bien organisé, mais elle est en passe de devenir très rapidement le thème de la consommation des années 80. L'époque de la production, de la mise en marché et de la consommation de masse a engendré son propre monstre : le préjudice de masse. Le consommateur des années 80 risque des coups et blessures, des amputations et même la mort de façon nouvelle et étrange. Il est aussi vrai que les blessures causées par des produits ont existé de tout temps, mais l'envergure et la gravité du problème actuel est beaucoup plus vaste et même unique. Les raisons en sont de trois ordres.

En premier lieu, cela tient aux produits eux-mêmes. Leur conception, leur fabrication et l'usage auquel on les destine sont beaucoup plus complexes maintenant que ce n'était le cas il y a à peine vingt ans et les risques d'accidents mécaniques, électriques ou chimiques sont sans précédent[1]. Même si le fabricant et le détaillant ressentent bien la nécessité toujours croissante d'un contrôle rigoureux de la qualité et de la sécurité des produits, il est inévitable que l'on vende et utilise des produits défectueux, tant dans leur conception que leur fabrication. Les conséquences pour l'acheteur ou l'utilisateur peuvent souvent être catastrophiques. Les blessures, les invalidités, les décès ainsi que les pertes à caractère économique et frais médicaux que cela entraîne contribuent à faire des accidents causés par les produits un problème sérieux sinon très grave.

En second lieu, l'ampleur que prend la question de la responsabilité du fait des produits est liée à la prise de conscience du consommateur, imputable sans aucun doute pour une bonne part à l'éducation du public par les media. Ces dix dernières années, ce problème a fait l'objet d'une attention et d'un intérêt sans cesse grandissants de la part de la presse écrite et électronique. Ce n'est pas étonnant car la portée et la gravité des accidents causés par des produits ont bien justifié de faire les premières pages. Les bouteilles de boissons gazeuses qui explosent, les difformités causées par des médicaments, les catastrophes aériennes de DC-10, les accidents des Pintos, ainsi que toute la publicité qui a été faite sur les dommages-intérêts accordés par les tribunaux pour ces accidents, (sans oublier les poursuites au criminel)[2], ont poussé à l'avant-scène cette question de la responsabilité du fait des produits et ont aidé à mieux prendre conscience des risques que l'utilisation de produits défectueux nous fait tous courir.

Troisièmement, les dimensions politique et institutionnelle du débat sur la responsabilité du fait des produits ont été élargies afin d'inclure non seulement les consommateurs et les journalistes, mais aussi les fabricants et leurs assureurs. Toute la publicité faite à ce sujet ainsi que la multiplication du nombre de poursuites en dommages-intérêts et l'importance des montants accordés par les tribunaux ont contribué à créer un climat d'inquiétude dans le domaine de l'assurance-responsabilité, surtout aux États-Unis. En 1975-1976, les fabricants, petits et gros, ont subi des hausses de primes de 1 000 à 5 000 p. 100 (par exemple, un porte-parole des entreprises d'articles de sport aux États-Unis estimait que les primes d'assurance dans leur secteur avaient augmenté de $1 000 à $250 000 en moins de cinq ans)[3]. À la fin des années 70, on se demandait de plus en plus si l'assurance-responsabilité en matière de produits n'allait pas devenir rapidement hors de prix ou impossible à obtenir. Les fabricants américains ainsi que leurs assureurs ont commencé à faire pression auprès du gouvernement fédéral et des États pour que soient apportées des réformes profondes visant à redresser une situation qui allait se détériorer rapidement. Même si cela concernait surtout les États-Unis, en 1980, on ne parlait plus de révolution dans le domaine de la responsabilité du fait des produits mais de crise, à laquelle le Canada ne pourrait échapper[4].

Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que ces trois facteurs -- produits de plus en plus complexes et risques d'accidents de plus en plus élevés, publicité des media et préoccupation des consommateurs et, vive inquiétude de la part des fabricants et de leurs assureurs -- ont très vite contribué à développer un mouvement de réforme du droit et de la législation. Outre le nombre astronomique de pages de manuels et les centaines d'articles dont faisait déjà l'objet la question de la responsabilité du fait des produits[5], la perception d'une "crise" dans le domaine a engendré toutes sortes de groupes de travail, d'études de réforme du droit et de mesures législatives. Toute cette question a attiré l'attention des responsables des politiques tant au Canada et aux États-Unis que dans le monde entier. Finalement, la sécurité des produits et l'indemnisation du préjudice corporel ont gagné le premier rang des grands débats des années 80.

LES ACCIDENTS CAUSÉS PAR LES PRODUITS : L'AMPLEUR DU PROBLÈME

Quel tableau peut-on tracer au Canada aujourd'hui? Il est étonnant de constater qu'on ne sait pas exactement combien de Canadiens sont tués ou blessés annuellement lors d'accidents causés par des produits. Au contraire des États-Unis, qui recensent les statistiques sur les blessures sur une base horaire au moyen du National Electronic Injury Surveillance System, NEISS, (Système électronique national de surveillance des blessures), le Canada n'a pas encore mis au point un quelconque système statistique qui s'y compare. Actuellement, nous sommes donc dans l'impossibilité de définir avec quelque certitude la nature ou l'ampleur du problème au Canada. Tout ce que nous savons, c'est qu'il est d'une importance considérable.

Selon une étude récente faite par le Dr Edward Best pour le ministère de la Santé de l'Ontario[6], les accidents à domicile causés par des produits ont entraîné en 1977, dans cette seule province, 895 décès et 141 000 blessures qui ont exigé des soins médicaux et ont coûté aux Ontariens plus de $292 millions, dont $141 millions en pertes de salaires et presque $71 millions en frais médicaux. Les causes les plus fréquentes d'accidents à domicile étaient les chutes et les pertes d'équilibre, suivies des coups et des coupures. L'étude du Dr Best est la seule récemment faite au Canada que nous avons pu trouver. Et même à ce titre, elle ne s'intéresse qu'aux accidents à domicile et seulement à ceux qui se sont produits dans la province de l'Ontario. Il est quand même possible d'en déduire les dimensions du problème à l'échelle nationale, mais pour avoir une juste idée de la question, nous sommes obligés d'étudier ce qui se passe aux États-Unis et au Royaume-Uni, et de tirer nos conclusions pour le Canada au moyen d'extrapolations statistiques et des déductions qui s'imposent.

Aux États-Unis, la Consumer Product Safety Commission (Commission chargée de la sécurité des produits de consommation) gère le NEISS. Tous les services d'urgence des grands hôpitaux américains y sont raccordés et chaque fois qu'un patient est admis souffrant d'une blessure causée par un produit, on introduit les données pertinentes dans l'ordinateur du NEISS. On peut ainsi estimer avec une certaine exactitude l'ampleur à l'échelle nationale des blessures et des décès causés par les divers produits. Mais il y a plus : les données du NEISS fournissent à la Commission un moyen immédiat de déceler les problèmes engendrés par des produits particuliers avant qu'il y ait trop de décès ou de blessures. La Commission peut ensuite prendre des mesures pour réglementer la vente ou la distribution du produit ou même l'interdire si une telle mesure s'avère nécessaire.

Étant donné le perfectionnement du système NEISS, la Consumer Product Safety Commission peut fournir un résumé très exact des données qu'elle possède. Nous savons par exemple que plus de 24 millions d'Américains sont victimes annuellement d'accidents à domicile causés par des produits; de ce nombre environ 110 000 souffrent ensuite d'une incapacité permanente et 30 000 sont tués. Le coût total en frais médicaux et autres pertes à caractère économique s'élève à plus de $5,5 milliards par année. Les données révèlent aussi que les produits les plus dangereux sont les échelles, les bicyclettes, les jouets d'enfants, les escaliers, les produits de nettoyage, les lits, les plaques de verre, et les tondeuses à moteur[7]. Ces résultats ne tiennent cependant pas compte des produits qui ne tombent pas sous la compétence de la Commission : les aliments, les produits pharmaceutiques les cosmétiques, les véhicules-moteurs, les insecticides, les armes à feu, les cigarettes, les radiations, et certains produits inflammables. Étant donné cette distinction et à cause du manque de données sur les accidents qui se produisent au travail, que l'on estime représenter $7 millions par année aux États-Unis, les experts dans le domaine de la responsabilité du fait des produits ont abouti à un estimé conservateur du nombre total annuel d'accidents dépassant $35 millions et coûtant à la nation $20 milliards par année[8].

La situation au Royaume-Uni n'est guère différente. Dans ce pays, le National Accident Surveillance Scheme, NASS, (Plan national de surveillance des accidents) rassemble et collige les données des salles d'urgence des hôpitaux concernant les blessures causées par des produits. Le NASS indique que 7 000 persones sont tuées tous les ans dans des accidents à domicile, 100 000 sont gravement blessées ou restent atteintes d'une incapacité sérieuse et que 1,2 million d'entre elles sont assez gravement blessées pour avoir besoin de soins médicaux. Les blessures sont surtout attribuables aux chutes et à l'utilisation d'appareils électriques ou à moteur[9].

À l'aide des données du NEISS et du NASS, nous pouvons tracer un tableau assez précis de l'étendue du problème au Canada : en réduisant de 10 les données américaines et de 2 les données britanniques, il appert que 3,5 millions de Canadiens sont victimes tous les ans d'accidents causés par des produits (2,4 millions à domicile), 11 000 Canadiens souffrent d'une incapacité permanente et de 3 à 5 000 Canadiens sont tués. Le coût total dépasse $2 milliards par année.

Même sans avoir à notre disposition un système électronique de surveillance des données, ce dont nous avons grand besoin, nous pouvons dire que nous faisons face actuellement au Canada à un problème énorme tant au point de vue du nombre d'accidents que de celui des coûts.

Y A-T-IL UNE "CRISE"?

Nous avons déjà mentionné que l'accroissement du nombre d'accidents ainsi que les nombreux reportages à ce sujet avaient suscité un sentiment de crise aux États-Unis, et surtout dans l'industrie de l'assurance-responsabilité. Déjà en 1976, cela était si fort que plusieurs compagnies d'assurance étaient amenées à faire paraître des pages entières de publicité décriant la "menace", comme celle parue dans le Wall Street Journal que l'on retrouve à la page suivante.

Ce sentiment de crise de la part de nombreux fabricants américains s'est développé surtout parce que le droit en matière de responsabilité civile était trop libéral et que les tribunaux accordaient des montants bien trop élevés à titre de dommages-intérêts. Certains d'entre eux prétendaient même, en conséquence, que l'assurance-responsabilité quant aux produits était devenue hors de prix ou impossible à obtenir. Les petites entreprises n'ont pas encaissé sans mal les augmentations des primes de 1974 à 1976.

En réaction à la montée en flèche des primes d'assurance et au spectre de la faillite, les fabricants et les assureurs se sont unis pour essayer de trohver des solutions au plan législatif. La Maison Blanche prit en considération leurs demandes en 1976 et créa l'Interagency Task Force on Product Liability (IATF) au niveau fédéral, sous l'égide du Department of Commerce, et chargé d'essayer de trouver une solution au problème de la responsabilité du fait des produits. Cet

The product liability menace.

Too late to cry wolf. He's already in your boardroom.

Product liability has turned out to be an undisguised wolf who has invaded company headquarters everywhere. And his presence has a lot of business people and their insurance companies scrambling up the same tree.

While preoccupation with medical malpractice insurance and OSHA compliance usurped attention from product liability, the problem kept growing.

The American public seems intent on going to court. "Sue the bastards" used to be a joke. Now it's a battle cry. With the help of eager attorneys, plaintiffs are not only quick to demand justice, but "extra" justice, because their chances of success are great. Courts have ruled that it's not necessary to prove negligence on the part of the manufacturer to collect damages.

There has been a frightening increase in the number of product liability claims – and in their dollar volume. Latest available figures show that for every dollar in product liability premiums, insurance companies have been paying out $1.35 in losses and expenses of handling claims.

So insurance rates are bound to go up even more. Perhaps to a point where many manufacturers may not be able to afford the coverage. And *no* one can afford *that*. Not producers. Not the insurance industry. Not the people who need the products. But on the other hand, consumers have a right to expect more than a "Use at Your Own Risk" label on the goods they buy.

Major changes in the tort laws must be made at the state level – and quickly – to correct a disastrous trend. Employers Insurance of Wausau recommends starting with these four modifications:

1. Prohibit the retroactive application of current manufacturing standards to older products. Product safety should be judged according to standards at the time of manufacture.

2. Exempt from liability a maker or seller of a product that was subsequently modified or misused.

3. Establish a statute of limitations on claims based on the time the product left the manufacturer's or seller's control.

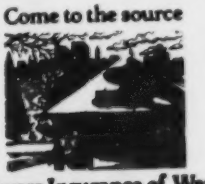
4. Eliminate punitive damages which only inflate awards above and beyond full compensation for economic damages and pain and suffering.

We think these changes are reasonable and necessary. We also believe that until there are meaningful reforms in the state tort systems, *loss prevention* remains your best way to cope with the basic problem. And that requires a *partnership effort* on the part of every policyholder. In the long run it's the only way to control insurance *costs*. And to keep certain forms of insurance attainable.

Meanwhile there are other positive things to be done. If you run a small business, join with your trade association in spurring your state legislators to tort reform action. If you're in a large corporation, you have the expertise and specialists within your own company to do some shaking and moving.

We all have to talk up. Because if we don't, nothing will happen. And that's the worst thing that can happen.

Come to the source



Employers Insurance of Wausau

Wausau, Wisconsin

organisme présentait ses conclusions en 1977 dans un rapport exhaustif en plusieurs volumes dont un rapport final d'importance[10]. L'IATF concluait que si le nombre d'actions en responsabilité du fait des produits était un problème pour de nombreuses entreprises, il n'y avait pas encore lieu de parler de crise. Il était encore possible d'obtenir de l'assurance-responsabilité à un prix relativement abordable et de plus, alors que l'industrie de l'assurance avait prédit qu'en 1976 il y aurait un million de poursuites en dommages et intérêts dans ce domaine, le chiffre réel s'élevait seulement à près de 70 000. Il n'y avait non plus aucune preuve que des fabricants étaient obligés de fermer leurs portes à cause d'actions intentées contre eux ou de hausses des primes d'assurance.

Le groupe de travail a donc déterminé trois causes principales au "problème" de la responsabilité du fait des produits :

1) L'établissement des primes d'assurance-responsabilité. L'IATF a découvert que les primes d'assurance-responsabilité n'avaient pas épousé l'élargissement du régime juridique de la responsabilité du fabricant qui s'est effectué au cours des années 1960-1970. Lorsqu'au milieu des années 70, les assureurs se sont finalement rendus compte de cette importante évolution qui avait débuté au cours de la décennie précédente, ils ont réagi avec excès. Les primes ont subi des hausses radicales, non pas tant à cause des données que les assureurs possédaient, mais surtout parce qu'ils s'étaient fiés à leur intuition et avaient fixé les prix dans un esprit de panique[11].

2) Les méthodes de fabrication dangereuse. L'IATF a constaté qu'il y avait sur le marché des produits de conception dangereuse et présentant de graves défauts de fabrication. Ceux-ci sont vendus sans avertissement suffisant quant aux dangers d'utilisation ou sans instruction pour en assurer l'usage en toute sécurité. C'est donc avec raison qu'un bon nombre de causes avaient été intentées à la suite d'accidents causés par des produits[12].

3) Les incertitudes des recours en responsabilité civile. Les règles de responsabilité ne sont pas les mêmes dans chaque État. Cela provoque une incertitude de mauvais aloi qui peut engendrer un nombre plus important de poursuites. Les ambiguïtés, le manque de clarté et d'uniformité des diverses définitions que la jurisprudence a donné de l'expression "produit défectueux" n'ont servi qu'à multiplier le nombre de causes devant les tribunaux. D'autres facteurs moins importants ont aussi été signalés : l'inflation, les consommateurs de plus en plus conscients de leurs droits et des recours qu'ils peuvent exercer, le nombre croissant et la complexité des produits, et la mauvaise utilisation de ces même produits[13].

En 1978, un autre groupe de travail, le Task Force on Product Liability and Accident Compensation (Groupe de travail sur la responsabilité du fait des produits et l'indemnisation des accidents) du Department of Commerce (présidé par le Professeur Victor Schwarts qui avait aussi dirigé le groupe de travail précédent) publiait ses conclusions.

Il examinait les solutions législatives que l'on pourrait apporter au problème[14]. À l'automne 1978, le Congrès fut amené à étudier les diverses options proposées, y compris la possibilité de réglementer au niveau fédéral tout le domaine des assurances, d'octroyer des stimulants fiscaux à ceux qui acceptaient de s'assurer eux-mêmes et de réviser certaines règles de fond du droit en matière de responsabilité du fait des produits. Quelques mois plus tard, en janvier 1979, le Department of Commerce présentait le Draft Uniform Product Liability Act[15] à l'intention des États devant légiférer dans ce domaine.

L'objectif principal du Draft Act était d'établir un juste équilibre entre les intérêts de tous les groupes touchés par la question de la responsabilité du fait des produits[16]. À la base, il était entendu que la responsabilité civile n'est pas un régime d'indemnisation, et que dans le cas d'accidents causés par des produits il ne devrait y avoir responsabilité que lorsqu'il est juste de présumer le vendeur du produit comme étant responsable de l'accident[17]. Cette philosophie de base se retrouvait dans les 21 articles de la loi. Le Draft Act reconnaissait en général le principe de la responsabilité stricte, mais il réduisait de beaucoup le champ de responsabilité sous lequel tombaient les manufacturiers de produits défectueux. Le Uniform Act établissait un certain nombre de présomptions et de moyens d'exonération qui ont poussé bien des spécialistes du domaine et des avocats en droit de la consommation à se demander si les dispositions de cette loi n'étaient pas plutôt une façon de battre en retraite qu'une tentative de réforme[18].

Les fabricants et les assureurs ont eux aussi fait des représentations auprès des législateurs des différents États, et la réaction à ce niveau s'est révélée être encore plus rapide et plus importante. À ce jour, les législatures des États se sont référées, en matière de réforme, au texte proposé par l'American Insurance Association en mars 1979[19]. Les réformes recommandées par l'AIA comprennent, entre autres :

1) prescription de trois ans à partir de la date de l'accident, et le recours doit être pris dans les huit ans à compter de la date de fabrication ou de vente;

2) exonération lorsque l'accident résulte d'une altération ou d'une modification du produit après la vente;

3) défense de conformité aux règles de l'art, exigeant que l'obligation soit établie selon l'état des connaissances et des techniques prévalant au moment de la vente;

4) exclusion de toute preuve d'améliorations subséquentes apportées à la conception ou à la composition du produit après la date de l'accident;

5) reformulation de l'obligation d'avertir l'utilisateur et preuve d'un lien de causalité clair entre la blessure du demandeur et l'absence d'avis;

6) certaines restrictions au recouvrement de dommages exemplaires;

7) reformulation des règles régissant les accidents du travail, déduction des indemnités versées à l'employé du montant des dommages-intérêts attribués par le tribunal, et interdiction au manufacturier d'intenter des poursuites contre les employeurs.

Vers le milieu de l'année 1979, la plupart de ces réformes et en particulier les quatre premières ci-dessus avaient été mises en oeuvre dans pas moins de 22 États[20]. La législation varie d'un État à l'autre, mais la plupart des dispositions communes touchent les prescriptions (dans le cas du manufacturier), certaines défenses de respect des règles de l'art ou de conformité aux règlements et aux normes de sécurité ainsi que de profondes modifications aux règles concernant les clauses ad damnum (principalement l'interdiction de présenter des demandes d'indemnités précises).

Tous ces développements, aux États-Unis, tant au niveau fédéral qu'à celui des États, ainsi que les travaux et les conclusions de l'Interagency Task Force sont décrits en détail par les professeurs Halpern et Carr dans leur étude Les marchés des assurances et les règles de responsabilité[21]. Le seul point qui mérite d'être repris ici est celui que toute cette activité récente a commencé à la suite du rapport d'un groupe de travail qui, ironiquement, a révélé qu'aucun état de crise n'exigeait l'intervention du législateur. Le nombre de causes devant les tribunaux n'avait pas augmenté, les fabricants pouvaient continuer à s'assurer à des prix abordables et le sentiment de crise dans l'industrie de l'assurance était bien plus le résultat de la fixation des prix dans un esprit de panique[22].

Y a-t-il donc une crise dans le domaine de la responsabilité du fait des produits? Il ne semble pas. Le législateur a été appelé à prendre une part peut-être trop grande à l'évolution du domaine aux États-Unis, mais les conclusions de l'Interagency Task Force demeurent. Les assureurs canadiens devront garder cela en mémoire au moment où ils étudieront les dernières propositions de réforme et les mesures législatives visant l'adoption de la responsabilité stricte au Canada. Si le rapport final de l'IATF concluait que les rumeurs d'inquiétude n'étaient pas fondées aux États-Unis même, où des facteurs tels les procès avec jury, l'octroi de dommages très élevés, les clauses ad damnum, les dommages exemplaires et le règlement des dépens sont légion, la possibilité d'une crise dans le contexte canadien où ces facteurs sont inexistants, est encore moins plausible. Même l'adoption de la règle de la responsabilité stricte n'empêcherait pas les manufacturiers canadiens d'obtenir de l'assurance à un prix abordable. Ceci a été affirmé par Halpern et Carr[23] et la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son récent rapport intitulé "Report on Products Liability", confirme cette conclusion :

> Le problème de l'assurance-responsabilité du manufacturier aux États-Unis n'a pas de valeur probante (pour le Canada)[...]. L'adoption du principe de la responsabilité stricte n'entraînerait probablement pas d'augmentation marquée des primes d'assurance en Ontario[24].

ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE AUX ÉTATS-UNIS ET AU CANADA

L'évolution[25] de la responsabilité du fait des produits a poussé les tribunaux américains à imposer la règle de la responsabilité stricte dans le cas de produits défectueux causant un préjudice corporel, et suscité ce sentiment de crise et de panique dans l'assurance dont nous venons de parler et qui, cependant, n'a pas passé la frontière. Les tribunaux américains se sont attachés à établir de nouvelles théories concernant la réparation de manière à permettre l'indemnisation des victimes même lorsqu'ils ne peuvent identifier le fabricant responsable (au moyen d'une optique "de participation au marché")[26]. Quant aux tribunaux canadiens, ils sont encore confinés aux poursuites traditionnelles pour cause de négligence.

Le droit canadien en matière de responsabilité du fait des produits demeure un amalgame de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle, de responsabilité stricte ou de responsabilité encourue par suite de la faute ou de la négligence. Lorsque la victime peut établir un bien contractuel avec le défendeur (le plus souvent le vendeur du produit défectueux), elle a l'avantage de pouvoir se prévaloir de diverses garanties imposées par la loi, ce qui fait supporter au défendeur qui a vendu le produit une responsabilité stricte[27]. Toutefois, lorsque le recours n'est pas de nature contractuelle et qu'il s'exerce contre un manufacturier ou un distributeur qui n'a pas pris part à la transaction, selon les règles de la responsabilité délictuelle, la victime demanderesse doit alors établir la négligence ou la faute du défendeur. Il n'est pas suffisant de faire la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité (qui suffirait pour la responsabilité stricte). Pour prouver la négligence, il faut établir que la conduite du défendeur était, dans les circonstances, déraisonnable ou blâmable[28]. La nécessité d'établir la "faute" complique depuis longtemps les actions en responsabilité du fait des produits au Canada, et elle diffère de beaucoup au régime américain de responsabilité stricte.

À l'occasion, on a essayé d'établir un critère plus strict que celui de la négligence. Dans la cause Phillips c. Ford Motor Co.[29], par exemple, le juge Haines était d'avis que :

> Le fabricant qui crée un produit et le met en marché doit garantir aux consommateurs que le bien vendu ne présente aucun vice par suite de la négligence ou du manque de soin du fabricant. Si le produit acheté ne peut être examiné, le fabricant a l'obligation, envers tous les acheteurs, de faire preuve de diligence raisonnable; lorsque le produit

> présente un danger actuel ou potentiel, cette obligation de diligence équivaut presqu'à une responsabilité absolue[30].

La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cet arrêt, mais pour d'autres motifs. Même si deux juges ont exprimé leur désaccord avec l'opinion du juge Haines sur critère pertinent de responsabilité, la majorité des juges de la Cour d'appel n'ont rien dit à ce sujet. Certains commentateurs prétendent que l'on peut y voir un signe qu'à l'avenir, d'autres viendront confirmer l'avis du juge Haines et qu'un jour, le principe de la responsabilité stricte sera accepté au Canada[31].

En effet, le professeur Waddams, une sommité au Canada en matière de responsabilité civile, croit que l'adoption du principe de la responsabilité stricte par les tribunaux "ne serait pas un pas en avant plus important que celui effectué dans la cause Donoghue c. Stevenson"[32]. C'est également l'avis de la Commission de réforme du droit de l'Ontario qui affirme que la responsabilité stricte serait "une modification relativement mineure du régime actuel"[33]. Elle avance que les tribunaux canadiens ont déjà recours au principe de la responsabilité stricte dans le cas de dommages corporels causés par un produit. Alors qu'on parle de négligence, dans les faits, il s'agit de responsabilité stricte.

> Afin d'accorder les dommages jugés appropriés et afin d'indemniser les victimes d'accidents, (nos tribunaux) ont adopté certaines caractéristiques de la responsabilité stricte. Si le demandeur prouve le défaut du produit et établit un lien de causalité, il gagnera probablement sa cause; notons que ces éléments doivent aussi être prouvés pour obtenir des dommages-intérêts dans les États américains où le régime de responsabilité stricte est applicable[34].

D'autres commentateurs canadiens sont plus prudents. C'est ainsi que le juge Linden est d'avis "qu'on n'a pas encore fait le saut jusqu'à la responsabilité stricte".

> Malgré la "révolution" en cours aux États-Unis, les tribunaux canadiens en sont toujours restés à la responsabilité basée sur la négligence. Il est vrai qu'on a élargi la responsabilité à l'aide, entre autres, de la maxime "res ipsa loquitur" et de présomptions légales de négligence. Néanmoins, le saut vers la responsabilité stricte n'a pas été fait. Il est difficile d'en déterminer les raisons. L'industrie canadienne, moins développée que l'industrie américaine, a peut-être besoin de plus de protection. Nos juges sont peut-être moins enclins à s'immiscer dans un domaine relevant, selon eux, du législateur. Le Barreau n'a peut-être pas été aussi audacieux dans les nouvelles théories de responsabilité qu'il a avancées. De toute façon, nos tribunaux devront bientôt décider de la voie à suivre[35].

En réalité, il se pourrait bien que le moment de modifier la jurisprudence soit passé. Les tribunaux sont à la remorque des mesures législatives. À supposer que l'on se dirige vers l'adoption d'un régime de responsabilité stricte, ce sera le législatif et non le judiciaire qui en sera le moteur.

LES MESURES LÉGISLATIVES

Depuis 1977, trois provinces ont légiféré dans le domaine du droit de la responsabilité du fait des produits. La Saskatchewan, le Nouveau-Brunswick et le Québec ont adopté des lois touchant les garanties des produits de consommation. Celles-ci concernent surtout la question du produit défectueux qui cause un préjudice financier, mais certaines clauses touchent aussi les dommages corporels ou le problème plus global de la responsabilité et, à ce titre, elles méritent notre attention.

La loi sur les garanties des produits de consommation (Consumer Products Warranties Act) de la Saskatchewan de 1977[36]

Inspirée du rapport de 1972 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, Report of the Ontario Law Reform Commission on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods[37], la loi de la Saskatchewan définit la qualité de tout produit de consommation vendu. Les garanties de qualité acceptable, de conformité raisonnable aux besoins de l'acheteur et de durabilité sont légalement incluses lors de la vente de tout produit de consommation[38]. Ce recours pour non-respect des garanties prévues par la loi peut être exercé non seulement contre le vendeur mais également contre le manufacturier[39].

Les articles 5 et 27 de la Loi traitent du problème de la responsabilité :

> 5. Quiconque peut raisonnablement avoir un motif d'utiliser, de consommmer un produit de consommation ou d'en ressortir les effets, et qui subit un préjudice corporel du fait du non-respect par le vendeur ou le manufacturier d'une garantie mentionnée aux paragraphes 3, 4, 5 et 6 de l'article 11, a droit aux recours mentionnés à l'article 27[40].
>
> 27. Toute personne mentionnée à l'article 5 a le droit d'obtenir de la part du vendeur ou du manufacturier la réparation des dommages corporels qu'elle a subis et qui étaient raisonnablement prévisibles par suite du défaut du vendeur ou du manufacturier.

Ces deux articles ont pour effet d'imposer une responsabilité stricte dans le cas de produits dangereux tant au détaillant qu'au manufacturier. Ils multiplient aussi les recours ouverts non seulement à l'acheteur mais également à quiconque ayant raisonnablement un motif d'utiliser, de consommer ou de ressentir les effets d'un produit de consommation et en subit un préjudice corporel. Les problèmes associés au fait d'être partie à un contrat ou à la nécessité de prouver la négligence sont donc éliminés. On peut donc dire que dans le cas au moins des produits de consommation dangereux, la Saskatchewan a adopté un régime de responsabilité stricte.

La loi de la Saskatchewan contient pourtant de nombreux éléments qui ne répondent pas à la notion de responsabilité stricte. Ceux-ci sont étudiés en détail dans le récent rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario[41], et nous n'en donnerons qu'un très bref exposé. Tout d'abord, la loi ne s'applique qu'aux produits de consommation[42]. Elle ne protège donc pas une personne qui serait victime d'un accident au moment où, par exemple, elle utiliserait une sécheuse dans une buanderie, ou dans le cas de toute blessure attribuable à un produit commercial défectueux. Deuxièmement, les garanties stipulées dans la loi ne s'appliquent que lorsque le produit de consommation est vendu par un détaillant[43]. Étant donné la définition restrictive du mot détaillant, on peut supposer que le piéton blessé parce que les freins d'un camion ont lâché, ne serait pas protégé par la loi. Serait aussi exclue la personne blessée dans un supermarché par une bouteille de boisson gazeuse qui explose sur un rayon avant même que le produit défectueux n'ait été acheté, car la loi stipule qu'une "vente" doit avoir eu lieu.

Ces restrictions et limites ont été critiquées comme étant à la fois anormales et injustifiables. La Commission de réforme du droit de l'Ontario a écrit :

> Ces restrictions sont anormales, puisque lorsque des dommages corporels sont en cause, il ne semble pas pertinent de savoir si le produit défectueux est un produit de consommation ou encore, s'il a été vendu par un détaillant. Les droits du demandeur d'obtenir des dommages-intérêts sont restreints parce qu'ils dépendent d'une transaction qui ne semble pas liée à la question de l'indemnisation de tels dommages[44].

Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation du Nouveau-Brunswick de 1978[45]

À l'instar de la Saskatchewan, le Nouveau-Brunswick a adopté une loi qui comporte des dispositions obligatoires de garantie de qualité lors de la vente de produits de consommation[46]. L'élément de responsabilité à l'égard du produit est exposé à l'article 27 de la loi.

27(1) Le fournisseur d'un produit de consommation qui est démesurément dangereux pour les personnes ou les biens en raison d'un vice de conception, de matière ou de fabrication répond du préjudice de consommation que subit une personne dans la province du fait de ce vice s'il en était le résultat prévisible au moment de la conclusion du contrat et s'il a fourni le produit

a) à l'intérieur de la province;

b) à l'extérieur de la province mais est intervenu dans la province de manière à mener à un préjudice de consommation; ou

c) à l'extérieur de la province mais que le vice découle en tout ou en partie, de son défaut de se conformer à toute norme fédérale impérative en matière de santé ou de sécurité ou que le vice est à l'origine de défaut de conformité du produit à ces normes.

27(2) Pour l'application de l'alinéa (1)b), est réputée être intervenue d'une manière ayant mené à un préjudice de consommation dans la province, la personne qui y a favorisé d'une façon quelconque la fourniture de produits analogues à celui qui est à l'origine du préjudice, à moins qu'elle ne fasse la preuve irréfutable que cette intervention n'y a aucunement contribué.

27(3) Nulle personne ne peut être tenue responsable, au titre du présent article,

a) d'un préjudice découlant d'un vice qui n'existait pas dans le produit de consommmation au moment où elle l'a fourni; ou

b) d'un préjudice né d'un vice dont elle a raison de soupçonner l'existence et qu'elle dénonce au destinataire d'un produit avant qu'il ne subisse le préjudice pourvu que le vice ne découle pas, entièrement ou partiellement, du défaut de se conformer aux normes fédérales ou provinciales impératives en matière de sécurité et ne soit pas à l'origine du défaut de conformité du produit à ces normes.

27(4) La responsabilité d'une personne au titre du présent article ne dépend nullement d'un contrat ou d'une négligence.

On trouve à l'article 1(l) les définitions de préjudice de consommation et de produit de consommation :

> "préjudice de consommation" désigne
>
> a) le préjudice que subit une personne en dehors d'une activité commerciale; ou
>
> b) le préjudice que subit une personne dans le cadre d'une activité commerciale dans la mesure où il naît de sa responsabilité ou de celle d'une autre personne du fait d'un préjudice subi en dehors d'un tel cadre;
>
> "produit de consommation" désigne
>
> tout bien personnel corporel, neuf ou usagé, qui sert habituellement à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

Ces dispositions vont donc bien plus loin que celles de la Saskatchewan. En premier lieu, elles créent une responsabilité stricte directe dans le cas de la fourniture de produits de consommation dangereux et défectueux : tous les fournisseurs sont visés, pas seulement les détaillants et les manufacturiers. Et la loi est exécutoire sans qu'il soit besoin d'une "vente". Ainsi notre acheteur hypothétique du supermarché serait protégé en vertu de la loi du Nouveau-Brunswick. Ici aussi pourtant, la lacune tient à ce que la loi se limite aux produits de consommation. Le préjudice de consommation subi à cause d'un produit défectueux lors d'une utilisation commerciale ne serait pas soumis au régime de la responsabilité stricte.

La Loi sur la protection du consommateur du Québec de 1978[47]

Au Québec, tant le manufacturier que le vendeur de produits de consommation tombent sous le coup des obligations touchant la qualité du produit stipulées dans la loi. L'article 53 stipule ce qui suit :

> 53. Le consommateur qui a contracté avec un commerçant a le droit d'exercer directement contre le commerçant ou contre le manufacturier un recours fondé sur un vice caché du bien qui a fait l'objet du contrat, sauf si le consommateur pouvait déceler ce vice par un examen ordinaire.
>
> Il en est ainsi pour le défaut d'indications nécessaires à la protection de l'utilisateur contre un risque ou un danger dont il ne pouvait lui-même se rendre compte.
>
> Ni le commerçant, ni le manufacturier ne peuvent alléguer le fait qu'ils ignoraient ce vice ou ce défaut.

Le recours contre le manufacturier peut être exercé par un consommateur acquéreur subséquent du bien.

Ainsi, le manufacturier est tenu strictement responsable des vices cachés du produit qui causent une blessure à l'acheteur ou à l'acheteur subséquent. La loi québécoise ne couvre toutefois pas le simple utilisateur ni le donataire. L'exigence qu'il y ait eu vente et le nombre limité de personnes possédant un recours rendent le champ d'application de la loi encore plus étroit que celle de la Saskatchewan et certainement bien plus étroit que celle du Nouveau-Brunswick.

Ces trois lois cherchent toutefois à faire disparaître les anomalies et distinctions injustifiables qui continuent de compliquer le droit de la responsabilité du fait des produits au Canada, à les remplacer par un régime plus rationnel et uniformément applicable de responsabilité stricte pour les préjudices subis par le consommateur du produit. Il est bien évident qu'aucune de ces lois n'a éliminé toutes les anomalies, ni qu'aucune législature provinciale n'a décidé d'adopter ouvertement un régime de responsabilité stricte. Certains développements récents laissent toutefois entendre que cela pourrait se faire bientôt.

PROPOSITIONS DE RÉFORME EN EUROPE

Un certain nombre d'initiatives de réforme du droit en Europe et plus particulièrement en Angleterre ont récemment essayé d'aborder la question de façon plus globale. Bien que très différentes pour ce qui est des détails techniques tels le champ d'application et la protection accordée par la loi, elles sont identiques quant au fond, soit la nécessité d'adopter une règle généralisée de responsabilité stricte concernant les fabricants de produits défectueux.

Le rapport des commissions du droit d'Angleterre et d'Écosse (Report on Liability for Defective Products[48]), publié en 1977, retenait que la seule solution satisfaisante au problème était l'imposition de la règle de la responsabilité stricte du manufacturier. En Europe, les rédacteurs de la Convention de Strasbourg et ceux du projet de directive de la Communauté économique européenne[49] ont adopté une optique semblable tout comme la Commission Pearson dans son Report on Civil Liability and Compensation for Personal Injury bien connu[50]. On pourrait donc dire que l'étendue du consensus dénoté concernant la règle de la responsabilité stricte laisse entrevoir qu'elle sera adoptée au moins au Royaume-Uni et en Europe de l'Ouest.

LE RAPPORT DE LA COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS

Nous avons cité à plusieurs reprises le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario (ORLC), intitulé Report on Products Liability[51]. C'est une étude importante qui sera sans doute la charnière du débat sur la responsabilité du fait des produits au Canada dans les années à venir.

Dans son rapport publié en 1979, il n'est pas étonnant de constater qu'à l'instar des commissions anglaise et européenne, l'ORLC recommandait aussi l'adoption d'un régime généralisé de responsabilité stricte dans le cas de produits défectueux qui causent un préjudice corporel.

> Nous considérons que la création d'un droit d'action direct, indépendant du contrat, contre le fournisseur du produit défectueux est la façon la plus rationnelle d'assurer les droits de la victime de ce produit défectueux. On en est venu à cette conclusion dans la plupart des États américains, les commissions de droit anglaise et écossaise, la Commission Pearson, la Convention de Strasbourg et le projet de directives de la CEE, ainsi que dans le projet de Code civil du Québec et dans la Loi du Nouveau-Brunswick. Par conséquent, nous recommandons que l'Ontario adopte le principe de la responsabilité stricte selon lequel la personne qui fournit un produit défectueux causant un dommage corporel devrait être strictement responsable des dommages dans un régime de responsabilité extra-contractuelle[52].

On trouve en annexe au rapport le projet de loi intitulé "An Act to Impose Liability on Business Suppliers of Defective Products". L'article 3 stipule :

> 3(1) Quiconque, dans le cours de ses affaires fournit un produit qu'il fournit habituellement et que celui-ci ait un vice de nature à entraîner des dommages corporels ou matériels, cette personne est responsable,
>
> a) de tout préjudice ou dommmage ainsi causé, et
>
> b) de toute perte économique qui découle directement du préjudice ou du dommage.
>
> 3(2) Le fournisseur n'est responsable en vertu de l'alinéa a) ou b) du paragraphe 1 pour des dommages matériels causés à un bien utilisé dans le cours de ses affaires.

L'ORLC s'est intéressée surtout à la question de la nature et de l'étendue de la responsabilité civile des personnes qui fournissent des produits défectueux à l'acheteur, à l'utilisateur ultime ou à toute autre pesonne victime d'un accident causé par de tels produits[53]. Elle a laissé de côté la question des dommages matériels qui était le sujet de son étude précédente publiée en 1972 et intitulée Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods[54] fait aussi l'objet d'une certaine analyse dans son récent Report on Sale of Goods[55].

Des termes utilisés à l'article 3 du projet de loi il appert que la Commission envisage le problème du préjudice corporel d'une façon plus large et plus rationnelle que ne l'ont fait la Saskatchewan, le Nouveau-Brunswick et le Québec. En rendant le fournisseur d'un produit défectueux strictement responsable dans un régime de responsabilité extra-contractuelle des dommages corporels subis par quiconque (acheteur, utilisateur ou témoin), la Commission réussit à éliminer les anomalies et les écarts qui existent encore dans les lois provinciales que nous avons mentionnées.

Une bonne partie du rapport est consacrée à la justification de l'adoption d'une telle règle de responsabilité stricte. La Commission présente ses arguments de manière succincte et claire. En voici les six points principaux :

1) Le droit actuel est affligé d'anomalies et d'illogismes graves. Les anomalies sont le résultat direct du fatras de règles de responsabilité contractuelle et extra-contractuelle qui constituent notre droit de la responsabilité du fait des produits. C'est ainsi que le détaillant d'un produit est tenu strictement responsable, selon le contrat, du préjudice subi par l'acheteur mais non de celui de l'épouse, de l'enfant ou de l'ami de l'acheteur. Il n'est pas responsable également si l'accident se produit avant que l'achat soit réellement effectué. Le manufacturier par contre n'est responsable que dans un régime de responsabilité délictuelle (négligence) même s'il est généralement celui qui est le premier responsable de la défectuosité du produit[56]. La combinaison actuelle des règles dépassées de la responsabilité contractuelle et délictuelle suffit à empêcher que le principe de la responsabilité trouve son application juste à notre époque.

2) La seule façon rationnelle de résoudre ces anomalies est d'élargir le régime de responsabilité stricte afin d'y inclure non seulement le détaillant mais aussi tous les fournisseurs (et en particulier le manufacturier) et ensuite d'étendre aux utilisateurs et autres personnes concernées la protection dont bénéficient les acheteurs.

> Certains pourraient prétendre que les anomalies susmentionnées sont le résultat d'une extension erronée du droit concernant les garanties implicites au dix-neuvième siècle. On pourrait dire que ces anomalies peuvent être réglées autrement qu'en adoptant un régime de responsabilité stricte, c'est-à-dire par l'*abolition de la respon-*

sabilité stricte en cas de manquement à la garantie et la substitution d'un régime universel de responsabilité fondé sur la négligence. Dans cette optique, le détaillant ne serait responsable envers l'acheteur ou toute autre personne que s'il s'est montré négligent. L'adoption de ce point de vue équivaudrait à un recul par rapport aux principes de protection du consommateur développés par les tribunaux depuis le dix-neuvième siècle. De plus, cette décision irait dans le sens contraire de l'optique choisie par les systèmes juridiques les plus proches du nôtre. En outre, la position du détaillant tenu responsable pour non-respect de son obligation de garantie ne devrait pas être examinée de façon isolée. Lorsque le manufacturier ou celui qui a fourni les produits au détaillant est connu, solvable et se trouve dans la juridiction du tribunal, le détaillant tenu responsable envers l'acheteur pourra généralement, en l'absence de convention contraire, recouvrer des dommages-intérêts de son fournisseur, et indirectement du manufacturier, pour non-respect de l'obligation de garantie contenue dans le contrat de vente entre le fournisseur et le détaillant. La véritable question est de savoir qui doit supporter le risque de ne pouvoir être indemnisé par le manufacturier. Les tribunaux ont décidé que c'était le commerçant-détaillant qui devrait assumer ce risque, et non le consommateur-acheteur. Ce point de vue était justifié au dix-neuvième siècle et semble encore plus fondé de nos jours, alors que les grandes chaînes de magasins au détail sont répandues et que c'est souvent le détaillant, et non pas le fabricant qui a la responsabilité première de la distribution et de la commercialisation des produits. Par conséquent, tout recul de ces éléments de responsabilité stricte qui se sont insérés dans notre système juridique serait considéré comme une démarche rétrograde. La seule autre possibilité est d'augmenter l'application de ces éléments, en adoptant ouvertement et en administrant rationnellement un régime de responsabilité stricte[57].

3) L'adoption d'une règle généralisée de responsabilité stricte n'est en réalité "qu'une modification relativement mineure du régime actuel"[58]. Les tribunaux canadiens même s'ils ont encore recours au vocabulaire de la négligence ont déjà dans les faits adopté un régime de responsabilité stricte dans les causes de responsabilité du fait des produits.

Les tribunaux, afin d'accorder les dommages-intérêts de la façon qu'ils jugent appropriée et d'indemniser les victimes d'accidents, ont adopté certaines caractéristiques de la responsabilité stricte. Si le demandeur prouve le défaut et le lien de causalité, il gagnera probablement sa

cause; notons que ces éléments sont aussi requis afin d'obtenir des dommages-intérêts dans les États américains où le régime de responsabilité stricte est applicable[59].

4) Les conséquences économiques de la généralisation d'un tel régime de responsabilité stricte sont claires et nettes.

En "intégrant" le coût des accidents, la règle de la responsabilité stricte incite le manufacturier à mettre au point, pour des raisons d'ordre économique, des produits plus sûrs. À compter du moment où il devient plus rentable de mettre au point des produits plus sûrs que de supporter les coûts qu'entraînent les accidents, le manufacturier a de meilleures raisons d'accroître la qualité de ses produits. Sous le régime de la responsabilité fondée sur la négligence, tout manufacturier qu se conforme aux usages généralement établis de la profession pourrait, si la mise au point de produits plus sûrs n'est pas perçue comme une précaution raisonnablement nécessaire, continuer à fabriquer les mêmes produits sans assumer la moindre responsabilité.

Compte tenu de ces arguments, nous sommes persuadés que, sur le plan économique, la règle de la responsabilité stricte dans le cas d'accidents causés par des produits défectueux était préférable au principe de la responsabilité fondée sur la faute (négligence), tant en ce qui a trait à la réparation des dommages qu'à la prévention de ces accidents[60].

5) Les répercussions dans le domaine de l'assurance de l'adoption de la responsabilité stricte sont minimes. La prétendue crise de l'assurance-responsabilité aux États-Unis s'est révélée n'être guère plus qu'un vent d'inquiétude soufflant sur une industrie mal renseignée. Bien plus, l'expérience américaine n'a pas de valeur probante pour le Canada pour plusieurs raisons.

Le problème de l'assurance-responsabilité du fait des produits aux États-Unis n'a pas de valeur probante quant à l'opportunité de reconnaître la règle de responsabilité stricte en Ontario.

La preuve empirique nous amène à conclure que l'adoption de la règle de responsabilité stricte n'entraînerait probablement pas d'augmentation marquée des primes d'assurance en Ontario. Il est possible que les primes augmentent au début, en attendant que les assureurs s'adaptent aux nouvelles règles. À la lumière de l'expérience, on peut prévoir que les primes se stabiliseront à un taux très peu supérieur (en dollars de 1979) au taux actuel. L'expérience américaine a démontré qu'au début, il n'y avait pas

> de différence marquée entre les primes d'assurance dans les États ayant adopté une règle de responsabilité stricte et dans ceux où le régime de responsabilité fondée sur la négligence était encore en vigueur. L'étude de la situation américaine porte à croire que les augmentations subséquentes des primes d'assurance n'étaient pas liées au droit de la responsabilité du fait des produits, mais plutôt aux dommages-intérêts élevés accordés et causés par certains aspects du système judiciaire américain qu'on ne retrouve pratiquement pas en Ontario. Dans la situation actuelle, il ne semble pas que la crise que traverse aux États-Unis l'assurance-responsabilité du manufacturier risque de se produire en Ontario[61].

6) Et, en dernier lieu, l'adoption en Ontario de la règle de responsabilité stricte dans le cas des accidents causés par les produits, correspond à la tendance qui se développe à la fois aux États-Unis et dans d'autres pays du monde. La tendance à la réforme est assez claire et va directement dans le sens de l'adoption du principe de la responsabilité stricte du fournisseur.

> Eu égard aux relations commerciales étroites entre les États-Unis et le Canada, et au grand nombre de biens de consommation fabriqués aux États-Unis et vendus au Canada, il paraît étrange qu'une telle disparité entre les niveaux de responsabilité persiste. De plus, si l'on considère que le droit de plusieurs pays de l'Europe occidentale tend à adopter une règle de responsabilité stricte et que les commissions de droit anglaise et écossaise ainsi que la Commission Pearson du Royaume-Uni ont recommandé une règle de responsabilité stricte dans le cas des dommages corporels causés par des produits défectueux, il semble que l'on doive être en faveur d'une réforme semblable au Canada[62].

Le Rapport de l'ORLC et le projet de loi ont été déposés au Parlement ontarien le 20 décembre 1979.

LE DÉBAT SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS : OÙ EN SOMMES-NOUS?

Notre position actuelle semble assez claire. Les conclusions des études américaines, les travaux entrepris au Royaume-Uni et en Europe ainsi que l'analyse et les recommandations faites par la Commission de réforme du droit de l'Ontario sont unanimes à conclure : s'il y a problème, il n'y a qu'une solution; l'adoption d'une règle générale de responsabilité stricte du fournisseur pour les dommages corporels causés par des produits défectueux. De l'avis de l'ORLC, "un régime rationnel et juste de responsabilité du fournisseur ne pourrait être institué qu'avec l'adoption du principe de la responsabilité stricte"[63].

Le débat sur la réforme du droit de la responsabilité du fait des produits au Canada sera fortement influencé dans les années qui viennent par l'analyse et les propositions du rapport ontarien. On peut s'attendre à ce que la seule question soit la suivante : les provinces doivent-elles ou non adopter une règle générale de responsabilité stricte dans le cas des accidents causés par des produits? Nul doute que les travaux de la Commission seront la pierre angulaire à partir de laquelle de nombreux groupes de travail oeuvreront pour en arriver à des mesures législatives.

Mais ni l'acceptation du rapport de l'ORLC ni même l'adoption de la responsabilité stricte ne changeront quoique ce soit pour les Canadiens victimes d'accidents. Il se pourrait fort bien que le débat que nous envisageons à l'heure actuelle ne soit qu'une guerre de mots et pourtant nous en sommes là.

Ce n'est certes pas là où nous devrions en être.

RÉFÉRENCES

1. "Aujourd'hui nous connaissons une profusion sans précédent de nouveaux produits engendrés par la technologie de l'ère spatiale. Cette prolifération de nouveaux produits à la maison a entraîné l'apparition d'accidents d'un genre nouveau". National Commission on Product Safety (1970) p. 123; voir aussi Keeton, Owen et Montgomery (1980) pp. 1-16.

2. Voir Epstein (1980a) p. 15.

3. Keeton, Owen et Montgomery (1980) p. 1004.

4. Voir notamment Goldenberg (1978).

5. Les principaux traités sont : Fleming (1977); Keeton, Owen et Montgomery (1980); Miller et Lovell (1977) et Waddams (1980). L'étude de Smith (1977-1978), est intéressante. Il existe de nombreux autres ouvrages, voir infra, chap. II à VI.

6. Best (1980).

7. Consumer Product Safety Commission (1970). Voir aussi Keeton, Owen et Montgomery (1980) pp. 1-16 et O'Connell (1975b) p. 19.

8. Keeton, Owen et Montgomery (1980) p. 2. Voir aussi Products Safety and Liability Report (BNS) 511 (29 juin 1979).

9. Cranston (1978) pp. 309-310.

10. IATF (1977c).

11. Id., pp. I-27 à I-28.

12. Id., p. I-24.

13. Id., pp. I-26 à I-31.

14. 43 Réglementation fédérale 14612 (1978).

15. 44 Réglementation fédérale 2996 (1978). Voir Ontario Law Reform Commission (1979b) annexe 2. Voir aussi Schwartz (1980).

16. Schwartz (1980) p. 583.

17. 44 Réglementation fédérale 2996 (1979) p. 2997.

18. Birnbaum (1978).

19. Keeton, Owen et Montgomery (1980) p. 1002.

20. Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, Indiana, Kentucky, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, Caroline du Nord, Dakota du Nord, Oregon, Dakota du Sud, Tennessee, Utah. Plusieurs autres États ont adopté des lois restrictives ou d'autres mesures moins globales, notamment les États suivants : Alabama, Floride, Georgie, Illinois, Rhode Island et Virginie. Voir Keeton, Owen et Montgomery (1980) p. 1002.

21. Halpern et Carr (1981).

22. IATF (1978a) pp. I-27 à I-28.

23. Halpern et Carr (1981).

24. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 78.

25. Voir Prosser (1960). Voir aussi les documents analysés dans Smith (1977-1978). Pour un aperçu général du droit américain en matière de responsabilité du fait des produits, voir Keeton, Owen et Montgomery (1980) ainsi que Kimble et Lesher (1979).

26. Voir Sindell et al. c. Abbott Laboratories et al. (1980), 163 Cal. Rptr. 132; voir aussi "Novel Tort Theory Upheld", National Law Journal (1980) p. 1.

27. Législation provinciale sur la vente des biens de consommation. Voir notamment The Sale of Goods Act, R.S.O. 1970, c. 421, par. 15(1) et (2). Voir aussi Waddams (1980) p. 69 et suiv.

28. Traité de façon plus détaillée dans Waddams (1980) pp. 13-68.

29. [1970] 2 O.R. 714, infirmé pour d'autres motifs, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.).

30. [1970] 2 O.R. 714, p. 739.

31. Voir notamment Waddams (1980) p. 258.

32. Id., p. 260.

33. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 65.

34. Id., p. 18.

35. Wright et Linden (1980) pp. 13-67.

36. S.S. 1976-1977, c. 15. Pour une analyse détaillée de cette législation, voir Romero (1978-1979).

37. Ontario Law Reform Commission (1972).

38. S.S. 1976-1977, c. 15, art. 11.

39. Id., par. 13(3).

40. Les paragraphes 3, 4, 5 et 6 de l'article 11 traitent de la garantie, de la qualité acceptable et de la conception raisonnable, pour les fins prévues.

41. Ontario Law Reform Commission (1979b) pp. 39-41.

42. S.S. 1976-1977, c. 15, par. 2(e).

43. Id., par. 2(1).

44. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 40.

45. S.N.B. (1978) c. C-18.1.

46. Id. Décrit dans Ontario Law Reform Commission (1979b) pp. 41-44.

47. Assemblée nationale du Québec, projet de loi 72 sanctionné le 22 décembre 1978, en vigueur le 30 avril 1980.

48. Law Com. N° 82 (Scot. Law Com. N° 45) (1977).

49. Voir l'Ontario Law Reform Commission (1979b) annexes 3 et 4.

50. (1978) (Cmnd. 7054). Pour une analyse critique détaillée, voir Allen, Bourn et Holyoak (1979) et les articles qui y figurent; voir aussi Hasson (1979).

51. Ontario Law Reform Commission (1979b).

52. Id., p. 64.

53. Id., p. 3.

54. Id.

55. Id.

56. Id., p. 34.

57. Id., pp. 35-36.

58. Id., p. 65.

59. Id., p. 18.

60. Id., p. 70.

61. Id., p. 78.

62. Id., p. 35.

63. Id., p. 133.

Chapitre II

LE DÉBAT SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS : OÙ DEVRIONS-NOUS EN ÊTRE?

Toute réforme sérieuse du droit doit avoir un point de départ. Dans la plupart des cas, ce point de départ réside dans l'identification du problème. Quel est exactement le problème? Quelles en sont les dimensions? Quel est son contexte? Ce sont les questions que l'on devrait se poser au début de toute étude, car si l'on ne réussit pas à déterminer le noeud du problème ou à mettre ce problème dans une perspective réaliste, il y a fort à parier que les faits seront déformés et même que la validité de tout le travail sera remise en question. N'est-ce pas le philosophe français Bernanos qui disait que "les mensonges les pires, les plus corrupteurs sont des problèmes mal posés"[1].

EXAMEN DU CONTEXTE

Toutes les tentatives récentes de réforme du droit, dont nous avons fait état au chapitre I, que ce soit aux États-Unis, en Europe, au Royaume-Uni ou au Canada, ont comme point de départ le recours en responsabilité. Sans le formuler, elles reposent sur l'hypothèse que le problème relève de la responsabilité civile et qu'on peut le résoudre par une évaluation rationnelle du régime et sa réforme. Ce qui explique pourquoi on porte tant d'intérêt à la responsabilité stricte ces temps-ci et que l'on croit en général qu'"un régime rationnel et juste de responsabilité du fait des produits ne saurait être institué qu'avec l'adoption du principe de la responsabilité stricte"[2].

Et pourtant, même le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, qui est le meilleur exemple actuel de cette ligne de pensée, reconnaît que "la raison d'être principale des recours en responsabilité extra-contractuelle dans le domaine de la responsabilité du fait des produits est d'obtenir un régime d'indemnisation des accidents qui soit rationnel, équitable et pratique"[3]. Pourtant, ce n'est pas le seul moyen sur lequel notre société peut s'appuyer pour indemniser la victime. Si nous cherchons par la réforme des règles actuelles à mettre au point un système plus juste, plus rationnel et pratique d'indemnisation des accidents, n'y aurait-il pas lieu de commencer, de la manière la plus logique, en examinant d'abord la nature et l'envergure des divers régimes d'indemnisation qui s'ajoutent aux règles de la responsabilité extra-contractuelle? N'y aurait-il pas lieu également de faire ensuite l'évaluation de la pertinence globale et de l'efficacité de ces règles dans le contexte actuel plutôt que de supposer simplement qu'elles sont les meilleures? En d'autres termes, si l'on recherche une indemnisation juste et pratique, on devrait sûrement examiner tous les régimes en vigueur et non seulement la responsabilité extra-contractuelle.

On pourrait s'objecter en soulignant que ce n'est pas l'indemnisation des victimes qui est en cause à l'heure actuelle mais le contrôle de la sécurité du produit ou l'aspect préventif des mécanismes en place. La responsabilité civile est encore un moyen efficace de prévenir la conception et la fabrication de produits dangereux. Mais là encore, cet objectif de prévention ne peut être simplement présumé. Il semble naturel de commencer par l'examen de l'ensemble des règles en matière de sécurité des produits et d'évaluer la responsabilité extra-contractuelle dans ce cadre plus vaste. On s'en est tenu jusqu'à maintenant arbitrairement au choix des règles de la responsabilité lorsqu'il était question de réforme. Le problème dans son ensemble n'a jamais été considéré.

L'AMPLEUR DE LA CONTROVERSE ACTUELLE

Une autre lacune encore plus frappante du débat actuel est qu'on semble refuser à dessein, de prendre en considération les travaux sur la question. Depuis vingt ans, il y a eu d'innombrables études et travaux de recherche de tout ordre sur la responsabilité du fait des produits et l'indemnisation de la victime d'un préjudice de consommation. La responsabilité extra-contractuelle en particulier a été l'objet d'un examen attentif et critique. Les manuels, les articles, les rapports des commissions de réforme du droit et les études gouvernementales ont soigneusement soupesé les avantages et les coûts d'une réforme dans ce domaine et ont appuyé leurs conclusions de faits indiscutables. Nous nous attacherons à étudier une bonne partie de cette documentation dans les chapitres qui suivent. Parler de réforme du droit de la responsabilité sans tenir compte des faits disponibles est impensable.

Pourquoi ignorer tous ces travaux? Les gens qui travaillent à la réforme du droit ne sont ni malveillants, ni stupides. Mais ce sont des hommes de lois et ceux-ci ont tendance à écrire sur ce qu'ils connaissent le mieux, soient les règles et les recours aux tribunaux. Souvent, le fait que le recours en justice n'est qu'un tout petit aspect des régimes d'indemnisation, et ne convient pas à la plupart des victimes ne leur vient pas à l'esprit. Les avocats sont voués à défendre une cause devant un tribunal et les victimes obtiennent réparation dans certains cas, de sorte que les travaux de réforme du droit ne mettent pas en doute la prédominance ni la pertinence de la responsabilité extra-contractuelle. C'est ce qu'a d'ailleurs fait observé le professeur O'Connell, avec une plume plus acerbe qu'il l'aurait peut-être voulu :

> C'est notre fascination, à nous les avocats pour nos propres rationalisations vigoureuses et élégantes lesquelles ne tiennent pas compte des questions importantes; il nous faut des années, sinon des siècles, pour régler les questions les plus futiles, cette rationalisation a causé des malheurs presqu'inimaginables que le régime de responsabilité extra-contractuelle in lige à tout le monde, sauf aux avocats[...]. Il est grand temps que nous, les avocats, cessions de nous conter des histoires, à nous et à notre

> clientèle, avec notre verbiage futile et interminable qui porte sur de petites contradictions et néglige les questions les plus importantes. Il est grand temps d'entreprendre des réformes législatives ambitieuses au lieu de s'en remettre à un régime de responsabilité extra-contractuelle pénible et douloureux qui va de décision en décision, caractéristique de la common law, un régime qui fascine les professeurs de droit, procure des revenus importants aux avocats et a peu d'avantages pour le public[4].

Loin de nous l'idée d'être l'avocat des critiques. Nous voulons simplement faire ressortir le fait qu'il existe un grand nombre d'ouvrages très sérieux qui ont une importance cruciale pour le débat actuel. Un minimum d'honnêteté intellectuelle oblige quiconque à en apprécier la teneur et dans la mesure où ils sont valables et où les conclusions sont étayées, à intégrer le tout au débat en cours.

La principale contribution aux travaux sur la carence du système de responsabilité délictuelle nous vient des professeurs Patrick Atiyah, Terry Ison et Jeffrey O'Connell[5]. Chacun d'entre eux a sa propre idée sur ce que devrait être un régime d'indemnisation des victimes et leurs points de vue diffèrent parfois considérablement mais leur réflexion aboutit à la même conclusion bien étayée à l'effet de condamner la responsabilité extra-contractuelle. Tous trois estiment qu'il faudrait abolir les recours en responsabilité civile et instituer un régime quelconque d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute. Les professeurs Ison et Atiyah engloberaient dans ce régime toutes les incapacités, y compris les maladies. Leurs analyses et leurs arguments seront étudiés plus en détail au chapitre suivant, mais il y a lieu de donner ici une idée de l'envergure et de l'intensité de leurs critiques et de leurs préoccupations. Voici quelques extraits de certains de leurs travaux particulièrement représentatifs.

Jeffrey O'Connell défend depuis longtemps l'idée d'un régime optionnel de responsabilité sans égard à la faute (voir plus loin au chapitre VIII). Sa critique des règles de la responsabilité extra-contractuelle est à la fois impitoyable et mesurée. Voici ce qu'il dit dans son ouvrage récent intitulé The Law Suit Lottery :

> Le régime de responsabilité extra-contractuelle fonctionne un peu comme une loterie. Les critères les plus importants du dédommagement tiennent surtout du hasard : 1) la personne a-t-elle eu assez de chance pour être blessée par quelqu'un dont on peut prouver la conduite fautive ou le danger de son produit? 2) la personne poursuivie a-t-elle une assurance ou un patrimoine suffisant pour couvrir les dommages et les frais de l'action? 3) la personne peut-elle prouver qu'elle a eu une conduite exempte de faute? 4) la personne a-t-elle eu la chance de prendre un avocat qui sait exploiter toutes les variables devant un jury facilement impressionné, y compris faire une description

vivante des souffrances de la victime? On ne doit pas s'étonner du fait que 55 p. 100 des accidentés de la route ne reçoivent aucune indemnisation à la suite d'un recours en responsabilité civile. Dans le cas d'accidents dus à des produits défectueux ou dans les cas de responsabilité médicale, la proportion est encore plus faible. Tandis que plusieurs personnes, surtout parmi les blessés graves, ne reçoivent aucune indemnisation, plusieurs autres, surtout parmi les blessés moins graves, reçoivent une indemnisation trop importante. De plus, les délais de paiement sont assez longs. Les frais d'assurance et d'avocats sont beaucoup trop élevés. De fait, la responsabilité extra-contractuelle aboutit, de façon particulièrement ironique, à un système qui récompense les "participants" normalement chargés de venir en aide aux clients, comme c'est le cas des avocats et de plus en plus, comme nous le verrons plus tard, de certains médecins, au lieu d'indemniser les victimes d'accidents[6].

Terry Ison est l'auteur d'une étude controversée intitulée The Forensic Lottery. Voici l'extrait d'un article paru tout dernièrement, "The Politics of Reform in Personal Injury Compensation" :

La responsabilité civile ne permet pas un système d'assurance-revenu universel pour les personnes qui sont dans l'incapacité de gagner leur vie, et elle n'indemnise pas une catégorie de personnes handicapées déterminée de façon rationnelle. Le choix des personnes handicapées qui seront indemnisées et de celles qui ne le seront pas tient, dans une grande mesure, au hasard, ce qui n'a aucune relation avec les besoins, le préjudice ou la faute. Le calcul des dommages se fait surtout de façon intuitive; dans le cas d'incapacité permanente, ce calcul demande une estimation (nécessairement erronée) des pertes futures. L'indemnisation est faite sous forme d'un montant global alors que, dans les cas les plus sérieux, où il y a perte de revenus futurs, la personne a besoin d'un revenu futur. Le système ne fournit aucune aide pendant les semaines et les mois critiques qui suivent le début de l'incapacité, à cause des délais dans le processus de détermination de la responsabilité et d'évaluation des dommages. Le système est mauvais parce qu'il affecte le rétablissement physique et la réhabilitation au travail. Le coût administratif de la responsabilité civile est énorme par rapport à tout autre régime concevable. De fait, ce système est le seul dans lequel le coût administratif semble égal ou supérieur à l'indemnisation nette perçue par les victimes d'invalidité[...].

Aucun avantage évident ne vient contrebalancer les aspects négatifs du système.

> La plupart des sinistres sont couverts par une assurance-responsabilité. Il est possible que la perspective d'une augmentation ou d'une diminution des primes ait l'effet bénéfique d'encourager la sécurité. Dans la mesure où cette possibilité s'avérerait exacte, il serait toutefois possible de mettre sur pied un système de tarification fondé sur une évaluation des risques beaucoup plus efficace dans un régime d'assurance sociale plus élaboré que dans un régime de responsabilité civile. De plus, dans la mesure où le but visé est la sécurité, la responsabilité civile est un système "maladroit" à plusieurs égards, par rapport à d'autres formes de réglementation plus directe. L'imposition de la responsabilité civile, qu'elle soit couverte ou non par une assurance, peut très bien encourager à éviter la responsabilité; mais cela ne signifie pas qu'elle encourage à éviter les accidents. La prévention des accidents ne constitue qu'un des nombreux moyens d'éviter la responsabilité en cas d'accidents. Parmi les autres moyens, certains peuvent être socialement indésirables, comme le démontre l'exemple des radiographies susmentionné.
>
> Au cours des dernières années, la doctrine a surtout insisté sur l'opportunité de remplacer ou de compléter le régime de responsabilité basé sur la faute (négligence) par la responsabilité "sans faute". Mais l'expression "sans faute" prête à confusion lorsqu'elle est utilisée comme titre d'une réforme; elle ne décrit rien en particulier. Cette expression a une conséquence plus importante, en ce qu'elle semble signifier que les problèmes relatifs au régime de responsabilité extra-contractuelle sont tous sinon surtout un corollaire du principe de la faute, ce qui n'est pas le cas. Si la responsabilité était fondée entièrement ou partiellement sur un autre principe que celui de la faute, au mieux, cela ne ferait qu'alléger certaines objections à l'encontre de la responsabilité civile. C'est l'utilisation d'un régime de responsabilité civile lui-même qui entraîne les problèmes fondamentaux, et non le principe de la faute[7].

La proposition du professeur Ison comporterait l'abolition de la responsabilité extra-contractuelle et l'intégration des régimes actuels d'indemnisation des incapacités en un seul régime d'assurance sociale :

> L'éventail des régimes actuels d'indemnisation des incapacités devrait être entièrement remplacé par un régime d'assurance sociale avancé, avec le maintien d'une assurance-vie volontaire.

> Il faut abolir les recours en justice pour dommages corporels. Il faut également abolir en tant que systèmes séparés d'indemnisation le régime des accidents du travail, de l'assurance-automobile, des victimes d'actes criminels et les prestations de maladie en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage ainsi que tous les autres systèmes de traitement particulier d'une incapacité. Ceux-ci seraient tous intégrés en un nouveau régime et leurs revenus seraient utilisés pour ce nouveau régime.
>
> Le régime offrirait une protection de revenu de base du revenu en cas d'invalidité ou de décès, et aussi une assurance revenu en cas d'invalidité. L'assurance-revenu (qui va plus loin que la protection de base du revenu) en cas de décès pourrait être obtenue grâce à une assurance-vie facultative.
>
> Le fonds d'assurance tirerait ses revenus de cotisations sur les véhicules automobiles (remplaçant l'assurance-automobile), de cotisations fondées sur le travail (remplaçant la cotisation au régime d'indemnisation des accidents du travail actuellement prélevée), de taxes sur certaines activités ou biens de consommation dangereux (notamment, les cigarettes) et de l'impôt sur le revenu.
>
> Les avantages seraient : une allocation de revenu en cas d'invalidité permanente; une allocation de revenu en cas d'invalidité partielle; des services de rééducation; le paiement de sommes globales à l'égard des conséquences non pécuniaires de l'incapacité et; la conservation des droits à la retraite.
>
> Les prestations en cas d'invalidité et les prestations de base en cas de décès seraient administrées par un organisme possédant son propre tribunal d'arbitrage spécialisé; aucun recours ne serait possible devant les tribunaux de droit commun[8].

En dernier lieu, voici un extrait assez long, tiré de l'ouvrage remarquable de Patrick Atiyah, Accidents, Compensation and the Law, dans lequel il essaie de placer tout le problème des accidents dus aux produits, de l'indemnisation de la victime d'accidents, et de l'incapacité et de la maladie en général dans le contexte plus global de la réforme du droit :

> Il est difficile de ne pas conclure que la bonne voie de réforme consiste à abolir le régime de la responsabilité civile à l'égard des dommages corporels et des invalidités, et à utiliser les fonds actuellement versés dans ce régime pour l'amélioration des prestations de sécurité sociale et des services sociaux en général[...].

On pourrait raisonnablement englober les maladies, les infirmités congénitales et les accidents non industriels dans le régime des accidents du travail[...].

Il est possible que cela se fasse sans que cela coûte un sou de plus aux contribuables ou aux cotisants puisque, si tous les montants affectés à la réparation des dommages (y compris les sommes considérables absorbées par l'administration du système judiciaire) étaient versés sous la forme d'une nouvelle contribution de sécurité sociale, le produit de cette imposition pourrait être suffisant. De plus, le régime d'indemnisation des victimes d'actes criminels pourrait être fusionné avec le régime d'indemnisation des accidents du travail.

Il faudrait établir avec soin le coût d'un tel projet, mais il convient de souligner que, si la réforme commence avec le régime de sécurité sociale, et non avec le régime de responsabilité civile, le coût des changements nécessaires n'entraînera aucun frais supplémentaire pour le public si l'on croit que les dépenses actuelles dans le domaine du bien-être social représentent une proportion suffisante du revenu national. La plupart des gens qui ont étudié les lacunes du régime de responsabilité civile à titre d'instrument de réparation des dommages corporels, ont avancé plusieurs façons d'étendre le système (par exemple, l'extension de la règle de responsabilité "stricte"), mais les coûts considérables que représenterait l'extension du régime de la responsabilité civile donnent matière à réflexion tandis qu'il est de plus en plus admis que seule une faible proportion de victimes d'accidents reçoit une indemnisation. Manifestement, c'est là commencer par la fin. On doit commencer par le régime de sécurité sociale, ne serait-ce que parce qu'il s'applique à la population toute entière, alors que les recours de la responsabilité civile n'indemnisent qu'une faible proportion des victimes d'accidents et qu'un nombre négligeable des victimes d'incapacité. Les avocats ont l'habitude de croire que les tribunaux sont les tribunaux "ordinaires" ou "habituels" qui traitent du droit "ordinaire", alors que le régime de sécurité sociale est un régime de droit et de tribunaux "extraordinaires" ou "particuliers"; ils doivent modifier leur attitude et faire face à la réalité. Puisque la grande majorité des victimes d'accidents et d'incapacité ne reçoivent aucune indemnisation, il est évident que même si l'on abolissait tout le régime de responsabilité civile sans le remplacer, cela ne ferait qu'infliger à certains les épreuves que la plupart d'entre nous doivent actuellement subir. Par exemple, l'abolition du régime de responsabilité civile en matière d'accidents du travail ne gênerait en rien la grande majorité des vic-

> times d'accidents du travail qui doivent actuellement se contenter des prestations d'invalidité et d'accidents du travail. Dans ce sens, tout le coût du régime de responsabilité civile représente une somme d'argent supplémentaire qui pourrait être utilisée pour améliorer le régime de sécurité sociale. Comme le régime de sécurité sociale ne réussit pas à bien traiter les personnes invalides pour une longue période de temps (sauf les victimes d'accidents du travail), c'est ce domaine qui a le plus besoin d'argent et ce, de façon impérative. Comme nous l'avons déjà dit, cet argent pourrait être tiré, sans coût additionnel pour le public, des primes d'assurance actuellement utilisées pour couvrir la responsabilité extra-contractuelle dans les accidents du travail et de la route. Même si ces sommes d'argent ne suffisent pas à couvrir le coût de l'extension du régime des accidents du travail à toutes les incapacités par suite de blessure ou de maladie, ce serait quand même un pas dans la bonne direction[9].

Ison, Atiyah et O'Connell n'écrivent pas en s'appuyant sur de simples anecdotes ou de vagues hypothèses. Tous étayent leurs travaux de données et de références qui confirment leurs conclusions. Pourtant, ces auteurs sont à peine mentionnés dans le débat actuel. Il se pourrait fort que les travaux avant-gardistes des professeurs Ison, Atiyah et O'Connell et des autres qui leur ont maintenant emboîté le pas[10] se révèlent inutiles, mais il faut en tenir compte.

LA PERTINENCE DE L'EXPÉRIENCE NÉO-ZÉLANDAISE

Les travaux de ces chercheurs ne sont pas que des spéculations. La validité de leurs analyses a été reconnue par le Parlement de Nouvelle-Zélande, où un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents est en vigueur depuis plusieurs années.

La Nouvelle-Zélande devenait en 1974 le premier pays du monde occidental à adopter et mettre sur pied un régime global d'indemnisation sans égard à la faute des victimes d'accidents. L'Accident Compensation Act[11] abolissait les règles de responsabilité de la common law dans le cas des blessures et du décès des victimes et instituait la Commission d'indemnisation des victimes d'accidents. Quiconque est victime d'un accident dépose simplement une réclamation auprès de cette commission. Sont indemnisables divers préjudices causés directement par l'accident : les frais médicaux, les pertes de revenus, la douleur et la souffrance, etc. La Commission détermine quelle est l'indemnité appropriée et la période de paiement et en avertit la victime bénéficiaire. Le délai moyen entre la présentation de la demande et le versement de la première indemnité est de 12 jours et cela, même si la Commission n'emploie que 497 personnes dans 52 centres et dessert une population totale d'environ quatre millions[12].

Le régime est financé de trois manières : 1) un plan pour les travailleurs, financé par une cotisation minime prélevée sur tous les employeurs, 2) un plan pour les accidents de la route, financé au moyen d'une taxe sur l'immatriculation des véhicules automobiles et 3) un dernier plan, qui couvre tous les autres cas d'accidents (tels les accidents à la maison dont les victimes sont sans revenu), financé à partir des recettes générales.

De nombreuses études exposent en détail tant les coûts que les avantages d'un tel régime de sécurité sociale[13]. L'une des plus importantes et qui peut être d'un grand intérêt pour les responsables canadiens est celle du professeur Ison[14]. La conclusion est sans équivoque : le régime actuel fonctionne et même très bien. Des analyses financières ont démontré que le coût du passage à un régime d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute était minime, et que tout en élargissant la protection offerte, la commodité et l'efficacité du régime, sans compter son équité fondamentale, étaient remarquablement meilleures[15]. Par exemple, la contribution supplémentaire imposée aux employeurs s'est révélée n'être que de 11 p. 100 supérieure à ce qu'elle était en vertu de l'ancien régime d'indemnisation des victimes d'accidents au travail[16].

Étant donné que c'est la Commission qui détermine maintenant le lien de causalité ou l'indemnité forfaitaire appropriée pour les préjudices non économiques (comme la souffrance et la douleur), on a craint que la porte soit ouverte à un certain légalisme et à une bureaucratie improductive. Il semble qu'il n'y avait pas lieu de s'alarmer puisque l'on a constaté que si le mouvement était inévitable, ses effets seraient minimes[17]. Des 130 000 réclamations présentées en 1977, par exemple 2 689 ont fait l'objet d'une demande de révision, et de ce nombre seulement 807 sont allées jusqu'à l'étape de l'audition de l'appel, soit 0,6 p. 100 des réclamations[18].

Tout indique jusqu'à maintenant que l'expérience de la Nouvelle-Zélande est satisfaisante. Selon le professeur Geoffrey Palmer, on a la ferme impression à la lecture des décisions de la Commission que tout est simple[19]. Il reste à la Commission à trancher certaines questions importantes : préciser les critères de "blessures causées par des accidents", décider si les niveaux de protection doivent être relevés, si le régime s'applique aux touristes en visite en Nouvelle-Zélande, si l'indemnité forfaitaire pour les préjudices non économiques doit être conservée ou éliminée et surtout, à décider si le régime d'indemnisation des victimes d'accidents doit aussi englober les personnes malades ou invalides[20]. Dans l'ensemble cependant, les principes fondamentaux semblent bien ancrés et le régime fonctionne.

> Avec le nouveau régime d'indemnisation, c'en est fini des mystères et des dramatisations! Par ailleurs, nombreux sont ceux qui ne recevaient rien en vertu de l'ancien régime et sont maintenant indemnisés et ce, de façon rapide[21].

L'expérience néo-zélandaise est-elle intéressante pour la réforme du droit de la responsabilité du fait des produits au Canada? Comme le signalait le professeur Marc Franklin, l'expérience néo-zélandaise ne peut être écartée du revers de la main : "car nous sommes bien trop semblables quand il s'agit de nous tuer ou de nous blesser"[22].

Pourtant on ne parle guère de la possibilité d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents dans le débat actuel. La Commission de réforme du droit de l'Ontario mentionne le régime néo-zélandais à un endroit dans son rapport et signale qu'une solution possible au problème des accidents causés par des produits défectueux est l'adoption d'un régime global d'indemnisation des accidents[23]. Elle continue même en reconnaissant que :

> Il y aurait beaucoup à dire en faveur d'une telle réforme puisqu'il existe des méthodes d'indemnisation des victimes d'accidents plus efficaces, justes et rationnelles que le régime actuel de l'action en responsabilité civile. Si l'on établit que l'objectif principal est l'indemnisation en cas d'accidents, il est difficile de comprendre la raison d'être d'une distinction entre la victime innocente qui a la chance de trouver quelqu'un qui est légalement responsable de l'accident, et la victime qui, ayant subi la même blessure, ne peut trouver une personne, et une personne solvable, qui puisse être tenue responsable. On avance également à l'appui de cette réforme que le régime actuel demande l'affectation de grandes ressources de temps et d'argent; les tribunaux sont surchargés et on fait appel à des avocats et à des experts, alors qu'il serait beaucoup plus facile et direct de verser simplement une indemnisation. Les différences entre les dommages-intérêts accordés causent d'autres anomalies et entraînent une inégalité de traitement pour ceux dont les besoins sont égaux[24].

Toutefois, la Commission conclut en disant que l'étude d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents dépasse le champ du rapport et qu'en conséquence, elle ne se penche pas sur la question[25].

Il semble toutefois que cette solution de rechange qui semble, de prime abord, valable, devrait être du ressort d'une équipe de recherche responsable. Toutes les solutions doivent être étudiées. Nous verrons au chapitre qui suit quel devrait être le contexte du débat sur la responsabilité du fait des produits.

RÉFÉRENCES

1. Cité dans Moynihan (1973) p. 23.

2. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 133.

3. Id., p. 69.

4. O'Connell (1975b) pp. 63 et 67.

5. Voir Atiyah (1975a); Ison (1967) (1969a) (1969b) (1973) (1977b) et (1981), et O'Connell (1971) (1975a) (1975b) (1977a) (1978) (1979).

6. O'Connell (1979) pp. 8-9.

7. Ison (1977b) pp. 386-387.

8. Id., p. 389.

9. Atiyah (1975a) pp. 611-613.

10. Voir, par exemple, Dunlop (1975) Feldthusen et McNair (1979) et Glasbeek et Hasson (1977).

11. 1972, annexe 2, modifiée par l'Accident Compensation Act (N° 2), 1973.

12. Holyoak (1979).

13. Voir notamment Palmer (1977), Gaskins (1980) et les documents qui y sont mentionnés.

14. Ison (1981).

15. Palmer (1977). Voir aussi Sandford (1978).

16. Holyoak (1979) p. 185.

17. Szakats (1978).

18. Id., pp. 216-217.

19. Palmer (1977) p. 2.

20. Pour une étude plus détaillée de ces questions, voir Gaskins (1980).

21. Palmer (1977) p. 3.

22. Franklin (1975) p. 672.

23. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 61.

24. Id., p. 62.

25. Id., p. 63.

Chapitre III

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS DANS SON CONTEXTE : L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS AU CANADA DE NOS JOURS

> Le mécanisme de répartition des risques, qui date au moins du 13e siècle, a influencé, plus que toute autre chose, le traitement des pertes accidentelles dans notre société. Lorsque les accidents sont devenus un véritable problème, les recours en responsabilité civile se sont révélés inadéquats. Les avocats, ayant tendance à la myopie, croient qu'en matière de pertes accidentelles, tout tourne autour de la responsabilité civile. Il semble bien qu'une bonne partie des représentants du secteur de l'assurance-dommages souffrent de la même maladie; mais le concept de répartition des risques constitue le véritable problème en matière de pertes accidentelles et le régime d'assurance-responsabilité n'en représente qu'une faible partie[1].

Nous allons essayer, dans ce chapitre, de placer le débat sur la responsabilité du fait des produits dans un contexte plus large qui englobe les accidents dus aux produits et l'indemnisation des victimes. Les accidents causés par des produits au Canada de nos jours ne font pas obligatoirement l'objet de recours en responsabilité civile, ce qui n'est qu'un des nombreux mécanismes d'indemnisation des victimes d'accidents. Les plus importants à l'heure actuelle sont d'ordre administratif et non judiciaire, et sont des régimes de réparation administrés par l'État, dont font à peine état les discussions actuelles sur la réforme du droit de la responsabilité du fait des produits. Pourtant, ces régimes fédéraux et provinciaux d'indemnisation de la victime immédiate sans égard à la faute ont un impact social et financier bien plus grand sur le Canadien moyen qui souffre d'un préjudice corporel ou d'invalidité.

Certains de ces régimes de réparation du préjudice sont bien connus : indemnisation des accidents du travail, régimes provinciaux d'assurance-santé, prestations d'assurance-chômage, prestations de maladie. D'autres le sont moins, mais ensemble, ils offrent un réseau financier important qui verse aux assurés des indemnités sans égard à la faute et sans avoir à recourir aux tribunaux.

INDEMNISATION DES ACCIDENTS SANS ÉGARD À LA FAUTE AU CANADA DE NOS JOURS : NATURE ET IMPORTANCE

Les régimes provinciaux d'assurance-santé

Peu de personnes envisagent les régimes provinciaux d'assurance-hospitalisation et d'assurance-soins médicaux comme étant des régimes publics d'indemnisation sans égard à la faute, et pourtant il est évi-

dent qu'ils le sont. L'un des plus vastes régimes d'indemnisation des préjudices économiques est le régime d'assurance-santé canadien. En Ontario seulement, les dépenses gouvernementales à ce titre s'élèvent à presque $4 milliards par année[2]. Il est impossible de dire quelle est la proportion des frais médicaux concernant les accidents causés par des produits ou concernant les cas de maladie et d'invalidité. À supposer, à titre indicatif, que 10 p. 100 de cette somme serve à indemniser la victime d'accidents au travail, à la maison, ou en automobile, le coût est quand même extrêmement élevé : $400 millions par année pour cette seule province. Une extrapolation à l'échelle nationale relève ce chiffre à $1,6 milliard.

Bien que les soins de santé et en particulier les régimes d'assurance-hospitalisation et d'assurance-soins médicaux soient considérés être du domaine des provinces, c'est le gouvernement fédéral qui en a eu l'initiative en prenant deux mesures de partage des coûts. La première avait trait aux dépenses reliées aux soins en milieu hospitalier, et était exposée dans la Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques, adoptée en 1957[3]. Afin d'être admissible à recevoir les subventions fédérales, les provinces devaient instituer des régimes d'assurance-hospitalisation qui répondaient à certaines normes minimales de soins aussi bien que d'accessibilité. Entrée en vigueur le 1er juillet 1958, toutes les provinces avaient adhéré au programme au 1er janvier 1961[4].

En s'inspirant du succès remporté pour le régime d'assurance-hospitalisation et à la suite du rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé (la Commission Hall) et des diverses expériences menées par les gouvernements provinciaux, le gouvernement fédéral annonçait en 1965 son intention de lancer un second programme conjoint touchant cette fois les services professionnels dispensés par les médecins. C'est ainsi qu'en 1966 on adoptait la Loi sur les soins médicaux[5]. En vigueur le 1er juillet 1968, la dernière province à joindre le programme le faisait le 1er janvier 1971[6]. Pour être admissibles, les provinces devaient instituer des régimes d'assurance-soins médicaux qui répondaient aux quatre critères suivants du gouvernement fédéral : protection globale, universalité, administration publique sans but lucratif et transférabilité de la protection.

Aujourd'hui, les régimes provinciaux d'assurance-hospitalisation et d'assurance-soins médicaux offrent une protection universelle sans égard à la faute à tous les Canadiens dans les dix provinces. Il reste encore des questions de structure à régler touchant, entre autres, la participation des médecins, les méthodes de financement, le niveau de protection, etc.[7], mais les principes de l'indemnisation sans égard à la faute et de l'administration par l'état semble être bien ancrés dans la réalité.

Indemnisation des accidents du travail

Le second exemple de régime global d'indemnisation des accidents sans égard à la faute est celui des accidents du travail. Emboîtant le pas à l'Ontario (dont la Loi sur les accidents du travail "Workmen's Compensation Act" de 1914 fut le premier instrument législatif au Canada en matière d'assurance sociale)[8], les législatures provinciales ont établi dès 1920, des régimes d'assurance-revenu à l'échelle du pays dans le cas des accidents du travail. Par la suite, les blessures subies au travail et plus précisément "les blessures causées par un accident imputable à l'emploi et subies lors de l'exercice de cet emploi"[9] allaient être prises en charge par un organisme administratif et non un tribunal et ce, strictement sans égard à la faute. La Commission provinciale des accidents du travail allait exclusivement se pencher sur les faits entourant l'accident et la détermination de l'indemnité appropriée.

L'indemnité compense en général seulement le préjudice économique et varie selon les provinces[10]. En Ontario par exemple, l'indemnité mensuelle minimum pour une incapacité permanente totale s'élève à $571 et à $119 dans le cas d'une incapacité totale temporaire[11]. Le niveau moyen se situe environ à 75 p. 100 du salaire hebdomadaire moyen jusqu'à un maximum pré-établi. En Ontario, le maximum des gains assurables est de $18 500 par année[12]. La Commission des accidents du travail de la province évalue aussi les coûts de tous les soins médicaux nécessaires, incluant, s'il y a lieu, les soins spéciaux et les soins à domicile. Si le travailleur est tué au travail ou décède à la suite d'un accident subi au travail, il lui est versé, selon le cas, des indemnités de décès, une indemnité pour les frais funéraires et une rente au conjoint survivant[13].

En Ontario seulement, on rapportait, en 1978, 425 000 accidents du travail causés par des produits et les indemnités versées s'élevaient à $382 millions. Ajoutons à ce chiffre $270 millions qui représentent la hausse des échelles d'indemnités autorisées par le parlement ontarien cette même année.

Les régimes provinciaux d'indemnisation des victimes d'accidents du travail sont financés par les contributions des employeurs. La notion de responsabilité collective est prédominante, chaque catégorie d'industrie étant assujettie selon une évaluation des risques qui lui sont propres. L'assujettissement de l'employeur peut donc varier de 20 cents par $100 de salaire versé pour les architectes à $13,40 par $100 pour les compagnies de démolition. Des remboursements partiels sont payés et des pénalités additionnelles sont imposées selon le dossier de sécurité de l'employeur. On vise de cette manière à faire sentir à tous les intéressés le coût économique total de l'accident subi par le travailleur et à inciter à la sécurité au travail. Nous étudierons plus à fond au chapitre VI l'impact de cette évaluation des risques et de cette contribution variable en tant que moyen de prévention.

Ce qui ressort avant tout du régime d'indemnisation des accidents du travail c'est son efficacité administrative. Les frais d'administration s'élevaient en 1978 à environ 10 p. 100 des indemnités versées. Nous verrons au chapitre V comment cela se compare au système des recours en responsabilité civile.

Il importe de souligner les trois points suivants : tout d'abord, les avantages sociaux et économiques d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents du travail sans égard à la faute ont été reconnus et bien acceptés par les dix provinces depuis plus de soixante ans. Deuxièmement, la commodité et l'efficacité globale de régimes semblables sont prouvées : 98 p. 100 des travailleurs accidentés ont choisi d'être indemnisés plutôt que d'aller devant les tribunaux[15]. Et finalement, l'incidence financière de toute la question : les indemnités versées dans tout le Canada s'élèvent à quelque $1,6 milliard par année[16].

Protection limitée sans égard à la faute en cas d'accidents d'automobiles

L'un des produits les plus dangereux que le 20e siècle ait engendré en Amérique du Nord est certes l'automobile. En 1977, au Canada, on a compté 5 253 décès et 215 000 personnes blessées lors d'accidents d'automobiles. On estime que les cours supérieures consacrent un quart de leur temps et les cours inférieures presque la moitié aux causes d'accidents d'automobiles[17]. Leur nombre, et la difficulté croissante d'obtenir une réparation adéquate, ont incité les législatures provinciales à adopter ces dernières années des régimes obligatoires d'assurance sans égard à la faute offrant une protection limitée, qui viennent s'ajouter aux régimes d'assurance conventionnels.

C'est encore une fois la Saskatchewan qui a adopté le premier régime du genre, en 1946, mais les autres provinces n'ont suivi son exemple que lorsque l'Ontario s'est intéressée à la question au début des années 60. En s'inspirant du Final Report on Automobile Insurance of the Select Committee of the Ontario Legislature, rendu public en 1963, le parlement ontarien décidait en 1967 d'adopter un régime complémentaire et facultatif d'assurance sans égard à la faute qui entrerait en vigueur le 1er janvier 1968. À la fin de cette même année, toutes les provinces sauf le Québec et la Colombie-Britannique avaient adopté des législatures semblables.

Des pressions s'exerçaient toutefois pour que le régime devienne obligatoire et le 3 septembre 1969, l'Association du Barreau canadien adoptait lors de son congrès annuel tenu à Ottawa la résolution suivante : qu'il soit résolu que les indemnités versées en cas d'accidents prévues par les polices d'assurance-automobile types soient un élément obligatoire de toutes les polices et cela, dans toutes les provinces[18]. Peu après, le parlement ontarien rendait son régime obligatoire à compter du 1er janvier 1972. En 1978, six autres provinces avaient fait de même.

L'étendue de la protection sans égard à la faute est très grande. Le régime ontarien offre, par exemple, une indemnité sans égard à la faute à "toute personne assurée qui est blessée ou décède par suite d'un accident lié à l'utilisation ou au fonctionnement d'une automobile et indépendamment de toute autre cause"[19]. L'expression "personne assurée" désigne toute personne à l'intérieur du véhicule assuré, toute personne qui est frappée au Canada par le véhicule assuré ainsi que l'assuré et les membres de sa famille, qu'ils soient passagers d'un autre véhicule ou piétons[20].

La nature et le montant des indemnités versées en vertu de ces régimes de protection limitée varient quelque peu d'une province à l'autre. La gamme des avantages fournis par le régime ontarien illustre ce qui se passe dans la plupart des cas :

> Toutes les dépenses raisonnables engagées dans les quatre ans de la date de l'accident pour des soins nécessaires, qu'ils soient médicaux, chirurgicaux, dentaires, de chiropraxie, hospitaliers, infirmiers ou ambulanciers ou encore de rééducation, jusqu'à concurrence de $25 000 par personne, sont remboursées intégralement. L'assureur n'est toutefois pas obligé de payer toutes parties de ces dépenses qui sont "payables ou remboursables en vertu d'un programme ou d'une loi d'assurance médicale, chirurgicale, dentaire ou d'hospitalisation". De plus, les frais funéraires sont remboursés, jusqu'à concurrence de $1 000 par personne. En cas de décès, des prestations de $10 000 sont versées pour le chef de famille et pour le conjoint du chef de famille, et de $2 000 pour les personnes à charge; en cas de décès du chef de famille, laissant deux survivants ou plus, un montant additionnel de $1 000 est versé à chaque survivant, sauf au premier.
>
> Des prestations hebdomadaires en cas d'invalidité sont accordées pendant la période où une personne "est incapable d'exécuter les fonctions essentielles de son emploi ou occupation". Pour être admissible à ces programmes, la personne doit avoir occupé un emploi à la date de l'accident et elle doit avoir été frappée d'incapacité dans les 30 jours suivant cette date. Ces prestations ne sont toutefois plus versées après 104 semaines, à moins qu'il ne soit prouvé que cette personne ne peut occuper, du fait de sa blessure, une occupation ou un emploi pour lequel elle a l'éducation, la formation ou l'expérience nécessaires. Dans un tel cas, les prestations hebdomadaires sont versées pendant toute la durée de cette incapacité.

Les prestations hebdomadaires représentent 80 p. 100 du revenu hebdomadaire brut, jusqu'à concurrence de $140 par semaine. L'homme ou la femme au foyer qui est incapable de remplir ses fonctions du fait d'une incapacité reçoit $70 par semaine, pendant un maximum de 12 semaines.

Le droit à exercer un recours en responsabilité civile demeure en cas de préjudices supérieurs au montant de ces prestations. Voir la Insurance Amendment Act, Stat. Ont., 1971, Vol. 2, c. 84, art. 14 et 15. Voir aussi O. Reg. 162/78. Cependant, les prestations versées en vertu d'un programme d'indemnisation sans égard à la faute sont déduites de tous dommages-intérêts accordés, sauf si les prestations ont été versées en vertu du programme d'une autre province. Voir la Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 224, modifiée, art. 237(2); MacDonald v. Proctor (1977), 19 O.R. (2d) 745 (Ont. C.A. de l'Ont.). Ce programme coûte actuellement $15 chaque année par véhicule automobile[21].

Le tableau 1 compare les différents régimes sans faute en vigueur à l'heure actuelle au Canada[22].

On ne saurait passer sous silence l'aspect complémentaire de ce régime sans égard à la faute. Le droit d'exercer un recours en responsabilité civile n'a été retiré (sauf lorsqu'il y a stipulation empêchant qu'une double indemnité soit versée) dans aucune province à l'exception du Québec qui vient d'adopter un régime global d'assurance sans égard à la faute administré par la province. On trouvera au chapitre IV une étude du régime québécois. Toutes les autres provinces autorisent et même prennent en considération la possibilité que l'indemnité versée par l'assurance ou obtenue devant les tribunaux soit supérieure au niveau stipulé et qu'il soit tenu compte du préjudice à caractère non économique comme la souffrance et la douleur.

Dans certaines provinces, ces régimes complémentaires sont administrés par le secteur privé (Ontario, Nouvelle-Écosse, Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve, Nouveau-Brunswick et Alberta). Ailleurs, ce sont les gouvernements : Saskatchewan (Saskatchewan Government Insurance Office), Manitoba (Manitoba Public Insurance Corporation) et Québec (Régie de l'assurance-automobile du Québec).

Les indemnités versées ne sont pas si importantes si on les compare à celles des autres régimes sans égard à la faute comme l'assurance-hospitalisation ou des accidents du travail. Néanmoins, elles sont loin d'être insignifiantes. En 1979, on a versé en Ontario $525 millions à ce titre[23]. À l'échelle nationale, cela donnerait environ $200 millions par année. Le principe de l'indemnisation sans égard à la faute lors d'un accident d'automobile est donc accepté. La seule question encore à régler est celle de savoir, dans le cas des régimes complémentaires, s'ils deviendront un jour des régimes universels. Nous étudierons cette question plus à fond au chapitre IV.

Tableau 1

ASSURANCE-AUTOMOBILE Régimes canadiens d'assurance-automobile (au 1er juillet 1981)

N.-É./Î.-P.-É./T.-N.	Nouveau-Brunswick	Québec	Ontario	Manitoba
Assurance-responsabilité civile (Dommages corporels et à la propriété) Obligatoire dans toutes les provinces				
N.-É. - min. : $100 000 Î.-P.-É. - min. : $100 000 T.-N. - min. : $75 000	Min. : $100 000	Min. : $50 000 Ne couvre pas les dommages corporels sur le territoire de la province.	Min. : $200 000	Min. : $50 000
Frais médicaux				
$2 000 par personne, indemnités des régimes gouvernementaux de soins hospitaliers et médicaux exclues	$20 000 par personne, indemnités des régimes gouvernementaux de soins hospitaliers et médicaux exclues Durée : 3 ans	Pas de limite de durée ni de montant; frais de rééducation compris	$25 000 par personne, frais de rééducation compris, indemnités de l'OHIP exclues Durée : 4 ans	$20 000 par personne, indemnités du CHIS exclues
Frais funéraires				
Max. : $500	Max. : $750	Max. : $1 305,72	Max. : $1 000	Max. : $1 000
Incapacité				
$35 par semaine 104 sem., temporaire + 104 sem., permanente Délai : 7 jours Femme au foyer : $12,50/sem. Max. : 12 semaines	80% du salaire Max. : $105/sem., max. 3 ans Délai : 7 jours Services de remplacement : jusqu'à $15 par jour pour les non-travailleurs	$104,46/semaine 90% du salaire net Revenu annuel brut max. : $23 500 Temporaire - 5 ans Permanente - à vie Délai : 7 jours Non contributive	00% du salaire Max. : $140/semaine Perte de salaire possible 104 sem., temporaire + à vie, totale et permanente Aucun délai Non contributive les 14 premiers jours Ménagère non rémunérée : $70/sem. - max. : 12 sem.	$120/sem. ou 70% du salaire Max. : $270/semaine 104 sem., partielle à $25/sem. Délai : 7 jours Contributive Femme au foyer : Totale : $120/semaine Partielle : $35/semaine Max. : 12 semaines
Décès				
Décès dans les 3 mois après l'accident Limite d'âge (homme, marié) 10-59 : $5 000 60-69 : $3 000 70 + : $2 000 + $1 000 par enfant à charge Aucune limite Limite d'âge (femme, mariée) 10-59 : $2 500 60-69 : $1 500 70 + : $1 000 Célibataire habitant avec ses parents Échelle selon l'âge Max. $2 500	Dans les 3 mois après l'accident Chef de famille Aucune limite d'âge $5 000, + $1 000 par personne à charge Aucune limite Conjoint : aucune limite d'âge : $2 500 Enfant à charge : $1 000	En tout temps après l'accident Rente aux ayants droit, en fonction des prestations d'invalidité du défunt. Min. : $104,46 + $13,06 par personne à charge à concurrence de $156,70/sem. Enfant à charge : $5 222,90 Sans personne à charge : $2 611,45	Dans les 2 ans après l'accident Chef de famille Aucune limite d'âge : $ 10 000 + $1 000 par personne à charge Aucune limite Conjoint : aucune limite d'âge : $10 000 Enfant à charge : $2 000	En tout temps après l'accident Chef de famille Aucune limite d'âge : $5 000 + $1 000 par personne à charge Limite : $5 000 Conjoint : aucune limite d'âge : $2 000 Enfant à charge : max. : $500
Perte d'un membre				
100% - 50% : montant principal	Non incluse Prévue à d'autres régimes	Échelle allant jusqu'à $26 114,44	Non incluse Prévue à d'autres régimes	Échelle, max. : $20 000, déduits de l'indemnité de décès
Administration				
Assureurs du secteur privé	Assureurs du secteur privé	Gouvernement et assureurs du secteur privé	Assureurs du secteur privé	Assurance obligatoire : monopole du gouvernement Assurance facultative et protection supplémentaire : concurrence des assureurs des secteurs privé et gouvernemental

Tableau 1 (suite)

Saskatchewan	Alberta	Colombie-Britannique	Yukon/Territoires du Nord-Ouest
Assurance-responsabilité civile (Dommages corporels et à la propriété) Obligatoire dans toutes les provinces			
Min. : $100 000	Min. : $100 000	Min. : $100 000	Yukon : $75 000 T.N.-O. : $50 000
Frais médicaux			
$4 000 par personne, selon les besoins	$5 000 par personne, frais de rééducation compris, indemnités des régimes gouvernementaux de soins hospitaliers et médicaux exclues	$100 000 par personne, sous réserve d'une limite pour les tiers: frais de rééducation compris, indemnités des régimes gouvernementaux de soins hospitaliers et médicaux exclues	$2 000 par personne, indemnités des régimes gouvernementaux de soins hospitaliers et médicaux exclues
Frais funéraires			
Max. : $300	Max. : $1 000	Max. : $1 000	Max. : $500
Incapacité			
$150/semaine à vie, totale 104 sem., partielle à $75/sem. Délai : 7 jours Contributive Femme au foyer : $150/sem. - totale $75/sem. - partielle Max. : 104 semaines	80% du salaire brut Max. : $105/semaine Min. : $40/semaine 104 sem., temporaire ou totale Délai : 7 jours Contributive Femme au foyer : $50/semaine Max. : 26 semaines	75% du salaire brut Max. : $100/semaine 104 sem., temporaire + à vie, totale ou permanente Délai : 7 jours Contributive Femme au foyer : $100/sem. Limite : comme ci-dessus	Travailleur : 80% du salaire brut Max. : $50/semaine Min. : $40/semaine 104 sem., temporaire ou totale Délai : 7 jours Contributive Femme au foyer : $50/semaine Max. : 26 semaines
Décès			
Dans les 2 ans après l'accident Chef de famille Aucune limite d'âge : $7 500 + $1 500 par personne à charge Limite : $15 000 Conjoint : Aucune limite d'âge : $3 000 Partage entre les survivants à charge Enfant à charge Échelle selon l'âge : max. : $1 000	En tout temps après l'accident Chef de famille $5 000 + $1 000 par personne à charge + 1% du principal pendant 104 semaines Aucune limite, Conjoint : $5 000 Enfant à charge Échelle selon l'âge : max. : $1 500	En tout temps après l'accident Chef de famille $5 000 + $100/sem. pendant 104 sem. par personne à charge Aucune limite Conjoint : $2 500 Enfant à charge Échelle selon l'âge : max. : $1 500	$5 000 + 1% par sem. pendant 104 sem. Aucune limite de temps Chef de famille Limite d'âge : 10-64 : $5 000 65-69 : $3 000 70 + : $2 000 Plus 20% du principal pour chaque personne à charge Aucune limite Conjoint Limite d'âge : 10-64 : $2 500 65-69 : $1 500 70 + : $1 000 Enfant à charge Échelle selon l'âge : max. : $1 500
Perte d'un membre			
Indemnités selon l'échelle Max. : $10 000	Non incluse Prévue à d'autres régimes	Non incluse Prévue à d'autres régimes	Non incluse Prévue à d'autres régimes
Administration			
Assurance obligatoire : monopole du gouvernement Assurance facultative et protection supplémentaire : concurrence des assureurs des secteurs privé et gouvernemental	Assureurs du secteur privé	Voir Manitoba et Saskatchewan	Assureurs du secteur privé

Les conducteurs de l'Alberta, de l'Ontario et du Québec impliqués dans des accidents au Québec recevront de leur propre assureur l'équivalent des prestations accordées aux résidents du Québec par la Régie.
L'indemnisation en cas d'accidents est obligatoire sauf à Terre-Neuve, en Nouvelle-Écosse et à l'Île-du-Prince-Édouard.
L'assurance pour les dommages accidentels est optionnelle sauf au Manitoba ($200 de franchise) et en Saskatchewan ($350 de franchise).

Les prestations d'assurance-chômage pour cause de maladie

Le gouvernement fédéral s'est également intéressé à la question de l'indemnisation sans égard à la faute en adoptant toute une série de mesures de sécurité sociale. L'un des meilleurs exemples que l'on puisse donner est celui des prestations de maladie versées dans le cadre de l'assurance-chômage[24]. Les employés qui doivent quitter leur emploi pour cause de maladie, de blessure ou de quarantaine ont droit d'être indemnisés pour les pertes financières (jusqu'au maximum hebdomadaire stipulé), quelque soit la cause de la maladie ou de la blessure. Les critères d'admissibilité sont assez complexes et nous ne les donnerons pas ici. Il suffit de dire que le régime est universel et obligatoire et offre une protection à presque 96 p. 100 des Canadiens qui sont à l'heure actuelle sur le marché du travail[25].

Les prestations sont calculées au taux de 60 p. 100 des gains assurables jusqu'à un maximum de $174 par semaine. Ces prestations sont payables à la personne admissible sans égard à la cause de l'incapacité, ce qui ne l'empêche en rien de chercher à obtenir une indemnité plus élevée en ayant recours aux tribunaux s'il y a lieu.

En 1978-1979, quelques 160 000 Canadiens ont reçu des prestations pour cause de maladie s'élevant à un montant total de $157,4 millions[26]. Nous ne possédons pas de données en ce qui a trait aux prestations de maladie comme telles, mais nous savons que les frais administratifs du régime d'assurance-chômage du gouvernement fédéral s'élèvent à environ 6 p. 100 du montant des prestations versées[27]. Là encore, la comparaison avec le système du recours en responsabilité civile que nous ferons au chapitre V devrait se révéler intéressante.

Les prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada et du Régime des rentes du Québec

L'une des grandes mesures prises par le gouvernement fédéral dans les années 60 a été en 1965 le Régime de pensions du Canada qui offre des pensions de retraite, des pensions d'invalidité, des pensions au conjoint survivant ainsi que des indemnités de décès forfaitaires dans un seul ensemble d'assurance sociale. Le Québec a adopté un régime semblable de sorte que tous les Canadiens contribuent à un régime de pensions qui offre certains avantages supplémentaires. La question qui nous intéresse ici est celle de l'invalidité.

Afin d'obtenir une pension d'invalidité en vertu de l'un ou l'autre régime, il faut être âgé d'au moins 65 ans et avoir versé un minimum de contributions au Régime. Si ces deux exigences sont remplies et si le pensionné est jugé invalide au sens de la Loi sur le régime de pensions du Canada, c'est-à-dire "s'il souffre d'une invalidité grave et prolongée d'ordre mental ou physique"[28], il lui sera versé une pension d'invalidité. La pension moyenne par mois, en avril 1980, était de $183,57 pour le régime fédéral, et de $277,74 pour le régime des rentes du Québec[29].

En avril 1980, 81 614 personnes recevaient des pensions d'invalidité en vertu du régime fédéral et 20 834 autres en vertu du régime québécois. Les coûts en vertu des deux régimes s'élevaient à $191,6 millions. Ici encore, nous ne possédons pas de chiffres qui nous permettraient d'établir les frais d'administration touchant les pensions d'invalidité, mais les frais d'administration du Régime de pensions du Canada dans son ensemble s'élèvent à environ 4,3 p. 100 du total des pensions versées[30].

Les régimes fédéral et québécois de pensions d'invalidité sont néanmoins de bons exemples de régimes importants d'assurance sans égard à la faute en vigueur au Canada aujourd'hui.

Les autres régimes d'indemnisation sans égard à la faute

Nous venons de décrire très brièvement les cinq grands régimes provinciaux et fédéraux actuellement en vigueur au Canada. Il existe évidemment d'autres régimes qui ne sont ni aussi importants ni aussi globaux, mais ils méritent qu'on s'y arrête de façon à brosser un tableau vraiment complet des régimes de réparation d'un préjudice.

Le premier d'entre eux est le régime de pensions des anciens combattants. Institué en vertu d'une loi fédérale[31], il vise les anciens combattants souffrant d'un handicap ou décédés à la suite de blessures subies pendant leur service militaire. Le niveau de la pension est déterminé par le degré du handicap. Les pensions mensuelles sont indexées au coût de la vie et vont de $556,52 par mois pour une personne seule à $695,78 par mois pour un couple. Il s'agit des montants de 1977[32].

Pendant l'année fiscale 1977-1978, $403,3 millions ont été versés en pensions d'invalidité à 110 000 anciens combattants et à leurs personnes à charge. En outre, quelque $216 millions sous forme "d'allocations aux anciens combattants" ont aussi été versées (il s'agit d'un programme de supplément de revenu établi d'après les besoins des bénéficiaires).

Notre second exemple d'un régime plus marginal est celui du programme d'indemnisation des victimes d'actes criminels. La plupart des provinces ont adopté des régimes du genre. La victime (ou les personnes à charge de la victime en cas de décès) est indemnisée pour les dépenses immédiates obligatoires après le crime, la perte de revenu ainsi que la souffrance et la douleur. Ces régimes sont bien évidemment modestes tant dans leur envergure que dans leurs budgets. En Ontario, au cours de l'année fiscale 1978-1979, $1,4 millions a été versé aux victimes d'actes criminels, seulement 713 d'entre elles étaient admissibles au programme[33].

Voila qui termine notre tableau des régimes gouvernementaux d'indemnisation sans égard à la faute des victimes d'accidents. Bien qu'il puisse y avoir d'autres exemples moins connus de régimes gouvernementaux, au niveau fédéral ou provincial, ceux que nous venons de décrire sont les plus importants tant du point de vue social que du point de vue financier. N'oublions pas qu'au total cela représente des indemnités de $5 milliards par année[34].

ÉVALUATION DE L'ENSEMBLE DES RÉGIMES

Ce bref aperçu des régimes d'assurance-hospitalisation, d'indemnisation des victimes d'accidents du travail, des régimes provinciaux d'assurance-automobile, des prestations d'assurance-chômage pour maladie, des pensions d'invalidité, des pensions des anciens combattants et de l'indemnisation des victimes d'actes criminels ont tous un point en commun : l'indemnisation pour blessure accidentelle causée par un produit canadien fait avant tout l'objet d'une série de régimes gouvernementaux assez compliqués. La mesure dans laquelle le Canadien victime d'accidents est admissible à recevoir ces indemnités dépend d'une variété de facteurs souvent fortuits dont le plus évident est celui de l'endroit où s'est produit cet accident. Un accident de travail ou un accident d'automobile permettra à la victime de se prévaloir des avantages de l'un ou l'autre régime d'indemnisation sans égard à la faute qui existe. Toutefois, dans le cas des accidents à domicile ou d'une blessure subie par une personne sans travail, les recours sont minimes. Pour obtenir plus que l'indemnisation des frais hospitaliers et médicaux, la victime d'un accident qui n'est pas causé par une automobile, ou qui survient en dehors du travail, doit intenter une action en responsabilité devant les tribunaux.

Un des auteurs canadiens les plus connus décrit ces régimes en pièces détachées basés sur la faute ou sans égard à la faute comme étant un système d'indemnisation à trois niveaux qui, à son avis, fonctionne assez bien :

> Selon moi, le régime mis en place au Canada est constitué de trois niveaux. Au bas de l'échelle, on retrouve l'assurance-maladie et hospitalisation, dont tous peuvent bénéficier, de même que les prestations générales de bien-être social, dont les montants ne sont peut-être pas très élevés, mais qui sont disponibles pour tous ceux qui en ont besoin, quelle qu'en soit la raison. Au deuxième niveau il y a des programmes spécialisés, comme le régime d'indemnisation des accidents du travail qui est sans aucun doute un modèle superbe[...]. C'est-à-dire que le deuxième niveau, c'est un amalgame de [divers] programmes individualisés qui ne fournissent pas d'indemnisation globale[...]. [Et] au sommet, au troisième niveau, se trouve le système de la responsabilité civile qui n'est accessible, il faut bien le reconnaître, qu'à quelques rares per-

> sonnes privilégiées[...] si une personne a le droit d'exercer un recours, si elle a un bon avocat, et qu'il y a une assurance en cause, elle sera évidemment bien traitée[35].

D'autres cependant, sont moins charitables lorsqu'ils évaluent ces "trois niveaux". Selon le professeur Terry Ison, critique de longue date de la responsabilité civile et tenant d'un système plus rationnel d'indemnisation des victimes d'accidents, l'approche fragmentaire actuelle, nous enfonce dans le désordre et multiplie les frais :

> Il est évident que la plupart des gens ont besoin de percevoir un revenu de façon continue. Mais il n'y a pas de régime global qui couvre l'interruption temporaire ou permanente du revenu. Au lieu d'un tel régime, il existe un amalgame de régimes, pour la plupart élaborés de façon indépendante, et qui ne sont guère coordonnés. C'est ainsi qu'il y a le Régime de pensions du Canada (qui prévoit des prestations de retraite, de décès et d'invalidité), l'assurance-chômage (qui prévoit des prestations d'assurance-chômage et de maladie), les programmes de retraite mis sur pied par des employeurs ou d'autres institutions (et qui prévoient souvent des prestations de décès et d'invalidité), les régimes d'indemnisation des accidents du travail, les programmes d'assurance-revenu en cas de maladie, diverses polices d'assurance collective ou individuelle en cas de maladie ou d'accidents, les régimes d'indemnisation des victimes d'actes criminels, les prestations versées en vertu des polices d'assurance-automobile, l'assurance-vie, les prestations aux anciens combattants, les actions en responsabilité, le bien-être social et les organismes de charité.
>
> Ces régimes ne forment pas un ensemble homogène et leur croissance et leur développement ne s'intègre pas dans une politique cohérente. Cette situation entraîne le double emploi inutile de structures administratives, la détresse des personnes affligées qui doivent parfois traiter avec plusieurs bureaux les uns après les autres alors qu'un seul serait suffisant, la surassurance inutile dans certains cas et la sous-assurance tragique dans d'autres cas[36].

Les arguments du professeur Ison sont valides. Notre bref aperçu des régimes gouvernementaux sans égard à la faute actuellement en vigueur montrent que s'ils sont d'importance, ils ne sont guère coordonnés. Les régimes fédéraux et provinciaux n'ont aucune relation rationnelle et le champ de la protection, de l'admissibilité à la protection et ses limites diffèrent sans raison d'un régime à l'autre. L'impression de pièces détachées demeure et il n'est pas étonnant que les principaux intéressés, c'est-à-dire les Canadiens, s'y perdent. Mais il y a plus grave, le chevauchement et les écarts entre les régimes, en faisant

double emploi, ont entraîné un réel gaspillage des structures administratives. Citons le Report of the Sickness and Accident Insurance Committee de la Saskatchewan :

> C'est seulement une société d'abondance extrême qui peut se permettre tant de programmes distincts; c'est aussi une société sans pitié qui permet que des personnes souffrent au milieu de cette abondance[37].

LE NOEUD DU PROBLÈME : INTÉGRATION OU FRAGMENTATION

Une fois les paramètres de la question bien établis, il n'est pas difficile de constater que c'est de structure qu'il s'agit et non de responsabilité stricte. Allons-nous conserver les systèmes actuels ou allons-nous rationaliser l'indemnisation des accidents? En resterons-nous à des systèmes oeuvrant sur trois niveaux ou allons-nous essayer d'harmoniser les régimes? Devrions-nous continuer à régler les accidents qui se produisent au travail ou les accidents d'automobiles différemment des accidents qui se produisent à domicile? Est-ce que les distinctions faites à l'heure actuelle sont arbitraires et fondamentalement injustifiables? Est-ce qu'il n'est pas temps de reconnaître le besoin d'une réforme rationnnelle du droit?

Même le juge Linden, depuis toujours défenseur de notre régime "mixte" et de la "coexistence pacifique"[38], a reconnu la nécessité d'un examen sérieux et d'une rationalisation :

> Je dois dire qu'à ce stade-ci au Canada, le saut vers un régime d'assurance-sociale, comme solution au problème, ne serait peut-être pas un si grand saut. Nous avons déjà couvert la plupart des préjudices avec les divers programmes d'indemnisation sans égard à la faute. Si le droit de la responsabilité extra-contractuelle est un vrai gâchis, la situation du droit relatif à l'indemnisation sans égard à la faute au Canada est bien pire. Quelle pagaille! Quel désordre et d'illogisme! Nous avons quatre ou cinq programmes différents. Si la victime est un ancien combattant, elle reçoit certaines prestations; si elle travaille, elle reçoit d'autres prestations; si elle est la victime d'un acte criminel, elle reçoit autre chose; si elle fait une réclamation en vertu d'un régime d'assurance-automobile sans égard à la faute, elle reçoit autre chose. Ces programmes ont un besoin pressant d'intégration ou de rationalisation, et je suis convaincu que cela viendra[39].

Le professeur Ehrenzweig s'est également joint à ceux qui réclamaient qu'une intégration intelligente de tous les éléments remplace le fatras juridique actuel :

> Presque partout dans le monde, le droit a passé sous silence les questions importantes et n'a fait que du rapiéçage là où il fallait tout changer[40].

Nous n'avons pas l'intention ici de prouver le bien-fondé de l'indemnisation des accidents sans égard à la faute. Les dimensions de cette question sont énormes et seront explorées un peu plus en détail au chapitre VII. Nous voulons simplement faire ressortir tout le contexte de la responsabilité du fait des produits, évaluer la mesure dans laquelle les régimes d'indemnisation des assurés sans égard à la faute dominent déjà toute la question de la compensation des pertes causées par les accidents au Canada, reconnaître la pertinence limitée des règles de la responsabilité extra-contractuelle dans ce contexte et donc du débat sur la responsabilité stricte et faire ressortir ici que quelles que soient les dernières déclarations à ce sujet, le noeud du problème n'est pas la responsabilité stricte mais bien la structure de ces régimes. Nous ne pouvons continuer à ignorer que ces régimes d'assurance sans égard à la faute, qui versent $5 milliards en indemnités continuent à avoir sur les Canadiens blessés et handicapés un effet bien plus profond et plus important que le système des recours en responsabilité civile. Nous devons tenir compte de ces réalités en établissant un programme responsable de réforme du droit qui vise soit l'abolition des régimes gouvernementaux perçus comme étant injustifiables, soit l'harmonisation rationnelle de l'ensemble.

Un important élément à ne pas négliger, c'est l'importance de la sécurité sociale en tant que rouage de l'édifice social canadien. Il faudrait étudier les dimensions actuelles ainsi que les orientations de ce phénomène des temps modernes. La question de la responsabilité du fait des produits et en particulier le débat sur un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents pourrait alors se dérouler dans son contexte réel.

RÉFÉRENCES

1. Henderson (1976) p. 412.

2. Andreopoulos (1975) pp. 11-14.

3. S.R.C. 1970, c. H-8.

4. Soderstrom (1978) pp. 127-131 et Andreopoulos (1975) pp. 14-15.

5. S.R.C. 1970, c. M-8.

6. Andreopoulos (1975) pp. 15-22 et Soderstrom (1978) p. 127. Voir aussi Shillington (1972).

7. Voir Ontario Select Committee on Health Care Financing and Costs (1978) et Soderstrom (1978) pp. 134-139. Voir aussi le récent rapport de Hall sur l'assurance-maladie provinciale. Pour un aperçu des médias et une évaluation du rapport Hall, voir "Restrict MDs' Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told," Globe and Mail (4 septembre 1980) p. 1.

8. Guest (1980) p. 39.

9. Tiré de la Workmen's Compensation Act de l'Ontario; il peut être retrouvé dans toutes les lois provinciales.

10. Voir les comparaisons au niveau des provinces dans Wyatt (1978) pp. 311-332.

11. Ontario Workmen's Compensation Board (1979b).

12. Id.

13. Id.

14. Ontario Workmen's Compensation Board (1978a) p. 5.

15. McInnes (1974) pp. 43-44.

16. Une extrapolation nationale des données de l'Ontario : $400 millions multipliés par 4.

17. Steinecke (1980b) p. 15.

18. Ces développements figurent dans Linden (1972) et (1969d). Voir aussi Atkey (1966); Linden (1966-1967); Conard (1964); Conard et Ethan (1966).

19. Insurance Act R.S.O. 1970, chap. 224, tel que modifié.

20. Wright et Linden (1980), pp. 15-26.

21. Id., pp. 15-27.

22. Voir la Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 224, modifiée, art. 237(2); MacDonald v. Proctor (1977) 19 O.R. (2d) 745 (Ont. C.A. de l'Ont.).

23. Bureau d'assurance du Canada (1980) p. 158. Voir aussi Steinecke (1980) note 61.

24. Loi sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-1971-1972, c. 48, amendée par S.C. 1974-1975, c. 66 et 80. Voir Issalys et Watkins (1977).

25. Issalys et Watkins (1977) p. 10.

26. Emploi et Immigration Canada (1979) pp. 28, 56 et 59.

27. Id., pp. 58 et 62.

38. Canadian Council on Social Development (1977) pp. 306 et 307.

29. Santé et Bien-être social Canada (1980) pp. 7-9.

30. Id.

31. Loi sur les pensions, S.R.C. 1970, c. P-7, modifiée.

32. Affaires des anciens combattants Canada (1979) pp. 42 et 67.

33. Criminal Injuries Compensation Board (1979) p. 7.

34. Les extrapolations voulues permettent de déterminer les approximations nationales suivantes :

Indemnisation des accidents du travail	$1,6 milliard
Assurance-maladie provinciale	1,6 "
Supplément - accidents d'automobiles sans égard à la faute	0,2 "
C.A.C. - maladie	0,157 "
Prestations - R.P.C. et R.R.Q.	0,2 "
Allocations aux anciens combattants	0,4 "
Indemnisation des victimes d'actes criminels	0,4
Total	$4,5 milliards

Si l'on ajoute 10 p. 100 de frais d'administration, le grand total atteint presque $5 milliards.

35. Linden, Symposium de Calgary (1979) pp. 152-153.

36. Ison (1977a) p. 427.

37. Saskatchewan Department of Labour (1976) p. 39.

38. Linden (1966b).

39. Linden, Symposium de Calgary (1979) p. 156.

40. Ehrenzweig (1977) p. 112.

Chapitre IV

RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS ET ASSURANCE SOCIALE : TENDANCES ET PROPOSITIONS

LE PHÉNOMÈNE DE L'ASSURANCE SOCIALE

Il y a 100 ans, l'idée d'un régime étatisé d'assurance-accident n'en était encore qu'au stade de la théorie. Oliver Wendell Holmes Jr. y avait songé au moment où il écrivit The Common Law, en 1880. D'après lui, l'État pourrait envisager de se constituer en compagnie d'assurance mutuelle contre les accidents et ainsi répartir le fardeau des accidents de ses citoyens sur toute la collectivité[1]. Toutefois il n'estime pas souhaitable qu'un régime d'assurance sociale soit institué en lieu et place d'un régime d'indemnisation des victimes d'accidents :

> L'ingérence de l'État est toujours mauvaise tant qu'on ne prouve pas qu'elle est bonne. Si l'on désire un régime d'assurance obligatoire, il faut le demander à l'entreprise privée qui pourrait mieux s'en charger et à meilleur compte[2].

Cette évaluation assez naïve et simpliste d'un régime d'assurance sociale n'a pas fait long feu. En 1915, la plupart des législateurs d'Amérique du Nord commençaient à se rendre compte que c'était en réalité le contraire qui se produisait : dans certains secteurs de responsabilité (les accidents industriels, par exemple), un régime d'assurance-accident administré par l'État s'avérait meilleur et plus économique qu'un régime administré par l'entreprise privée. L'adoption de lois sur l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et leur rentabilité éprouvée au cours des ans a fait reconnaître l'efficacité de ce genre de régime. Par la suite, et en particulier pendant les 30 dernières années, les gouvernements fédéral et provinciaux ont entrepris des mesures de sécurité sociale dans certains domaines importants : hospitalisation et soins médicaux, perte de revenus pour cause de maladie, blessures ou invalidité; pensions aux anciens combattants; indemnisation des victimes d'actes criminels. Aujourd'hui, nous sommes tellement habitués au régime d'assurance sociale en tant que mécanisme de compensation d'une perte causée par un accident que le pas pour en arriver à l'indemnisation universelle ne serait pas si grand à franchir, comme le notait le professeur Linden[3].

Cent ans après que le juge Holmes ait affirmé que les régimes d'assurance sociale étaient coûteux et impraticables, un courant d'opinions contraire se développe. Bien que nous n'en soyons pas encore au point d'adopter un régime de sécurité sociale nous protégeant de la naissance à la mort comme le font certains pays scandinaves, il reste cependant que les mesures que nous avons adoptées jusqu'à maintenant vont demeurer en place. Il est impensable que, par exemple, les régimes

d'assurance-santé ou d'indemnisation des accidents du travail provinciaux soient mis de côté. Il y a évidemment des améliorations à apporter dans les deux cas et les critiques à leur endroit ne manquent pas[4]. On note des problèmes de structure, de protection, d'échelle des indemnités et d'administration globale. Peut-être ces régimes seront-ils modifiés en profondeur à la suite d'analyses et d'études; l'avenir nous le dira[5]. Nulle part cependant la validité des mesures d'assurance sociale n'est mise en doute. Personne n'est d'avis qu'en matière d'indemnisation des victimes d'accidents du travail, il faudrait abandonner le système en entier et revenir au recours en responsabilité civile. Même les critiques les plus acerbes débouchent sur des souhaits d'amélioration et non d'élimination. En tant que programmes d'assurance sociale, ces régimes vont rester en place.

TENDANCES À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE

Il n'y a pas lieu de nous attarder à examiner les développements récents au niveau international dans le domaine de la responsabilité du fait des produits. Toutefois, quelques développements particuliers méritent notre attention.

Le fait capital à ce chapitre est bien sûr le régime d'indemnisation des accidents sans égard à la faute de la Nouvelle-Zélande, en place depuis 1974. Au lieu de l'action en responsabilité civile dans le cas des blessures, il existe maintenant un régime d'indemnisation qui verse des prestations à quiconque (travailleur ou non) subit une blessure par suite d'accidents[6]. Le régime a été mentionné dans un chapitre précédent et sera décrit plus en détail au chapitre VII.

En Australie, il semble que des changements encore plus profonds vont se produire. Une commission nationale d'enquête présentait en 1974 un rapport intitulé Compensation and Rehabilitation in Australia[7], et recommandait d'adopter un système d'assurance sociale englobant non seulement les dommages corporels causés par accident mais également toutes les formes d'invalidité, y compris la maladie. Voici comment cela fonctionnerait :

> On propose l'abolition de l'action en responsabilité civile. Elle serait remplacée par un régime qui indemniserait, sans égard à la faute, toutes les pertes pécuniaires dues à une incapacité physique ou mentale, qu'elles soient causées par une blessure soudaine, une erreur médicale, une déficience congénitale ou même par la maladie. Les blessures moins graves, les maladies de courte durée et les maladies non reliées au travail, comme les maladies cardiaques et le cancer, seraient toutefois exclues de ce programme. Cinq principes sont à la base de cette proposition : la responsabilité de la communauté, l'admissibilité complète, la réhabilitation totale, l'indemnisation véritable et l'efficacité administrative.

Les pertes couvertes incluraient la perte de revenu, les services de rééducation, les frais de déplacement, les prothèses et autres dépenses semblables. En cas de perte de revenu, l'assuré reçoit des prestations hebdomadaires égales à un pourcentage de son revenu hebdomadaire imposable, jusqu'à concurrence de $500 par semaine. Les prestations sont alors sujettes à l'impôt sur le revenu. Des prestations hebdomadaires de $50 par semaine seront versées aux personnes sans revenu ou avec un revenu inférieur à cette somme. On peut faire, au besoin, une évaluation du manque à gagner. Les prestations de santé seront fournies à l'intérieur du programme de soins médicaux actuels et d'un nouveau programme qui sera mis sur pied en même temps que le programme d'indemnisation sans égard à la faute.

Une personne souffrant d'incapacité totale, de façon temporaire ou permanente recevra 85 p. 100 de son revenu durant sa période d'incapacité. En cas d'invalidité partielle permanente, l'indemnité est fonction de la gravité de l'invalidité, en calculant un pourcentage du montant qui lui aurait été accordé si elle avait été complètement invalide. Ces calculs sont faits avec la méthode de la médiane selon laquelle un montant de revenu moyen et théorique est utilisé au lieu du revenu réel de la personne, augmentant ainsi le revenu de base des petits salariés. Le degré de diminution des facultés sera évalué par un médecin selon le barème établi. Il n'y aura aucune indemnisation pour toute diminution des facultés inférieure à 10 p. 100. Aucun dommage général ne sera remboursé, sauf en cas de préjudice esthétique important où une somme globale sera versée jusqu'à concurrence de $10 000.

En cas d'incapacité partielle temporaire obligeant à occuper un emploi moins rémunérateur pendant une certaine période, une allocation de convalescence est versée de façon à remplacer la différence de revenu hebdomadaire; cette somme ne peut être supérieure à 50 p. 100 du revenu moyen normal et être versée pendant plus de 26 semaines.

En cas de blessure, il y a une période d'attente de 7 jours. En cas de maladie, ce délai est de 21 jours (avec quelques exceptions). Les prestations sont périodiques et peuvent être rajustées en fonction de l'inflation, selon l'indice des prix à la consommation. Les prestations peuvent être remplacées par une somme forfaitaire, si cela semble être dans l'intérêt de la personne.

Les veuves ne peuvent recevoir des prestations de décès, suite au décès de leur mari, que si elles gardent à la maison familiale leurs enfants à charge et s'occupent de parents âgés ou infirmes ou si elles sont âgées de plus de 55 ans lors du décès ou sont incapables de trouver un emploi convenable à cause de leur formation générale ou de la durée du mariage. Une veuve admissible reçoit une somme globale de $1 000 et des versements périodiques égaux à 60 p. 100 de la somme que son mari aurait reçu en cas d'invalidité complète. Aux fins de ce calcul, le revenu minimum du défunt est fixé à $100 par semaine. En cas de remariage, la veuve reçoit une somme globale égale aux prestations d'une année. Une veuve qui n'est pas admissible aux prestations, en vertu du programme, reçoit $1 000 et 60 p. 100 des prestations d'incapacité totale de son mari pendant 12 mois ou jusqu'à ce qu'elle se remarie, selon la première éventualité.

Les enfants du défunt sont présumés être dépendants jusqu'à ce qu'ils cessent d'être étudiants à plein temps ou qu'ils atteignent l'âge de 20 ans, selon la première éventualité. Chaque enfant reçoit 15 p. 100 du montant qu'aurait reçu le parent décédé s'il avait été complètement invalide. Les prestations en cas de décès ne sont assujetties à aucune période d'attente. Les administrateurs peuvent verser des indemnités pour les frais funéraires.

Sauf quelques exceptions, l'indemnisation prévue au programme ne peut être versée qu'aux personnes âgées de 18 à 65 ans. Les Australiens vivant à l'étranger sont entièrement couverts pour une période de 12 mois. Les visiteurs qui travaillent en Australie sont entièrement couverts. Les visiteurs qui ne travaillent pas en Australie sont entièrement couverts en cas de blessures, mais doivent souscrire une assurance-maladie. Le programme s'applique aussi aux victimes de violence criminelle, aux volontaires participant à des sauvetages, aux personnes blessées lors d'activités de loisirs ainsi qu'aux personnes blessées ou tuées lors d'une tentative de suicide ou de blessures volontaires. Cependant, les personnes blessées alors qu'elles tentent de commettre un meurtre, des actes de piraterie ou de détournement ou alors qu'elles s'infligent des blessures graves, ne sont pas couvertes par le programme.

On propose que le programme soit administré par un groupe d'aide sociale dans le cadre d'un ministère sous la responsabilité d'un ministre supérieur. Ce ministère devrait coordonner tout le domaine de la planification, des programmes et des politiques de bien-être social. Les prestations d'argent ou d'indemnisation seront versées par

> l'intermédiaire d'un service central des prestations et d'indemnisation, alors que les services médicaux et de réadaptation au travail seront administrés par une division de ce service. De plus, on propose qu'un Bureau de la sécurité nationale soit mis sur pied pour coordonner des programmes de sécurité[8].

Bien que l'on pense que ces propositions sont tout à fait réalisables[9], on attend encore leur mise en oeuvre législative. L'Australie deviendrait ainsi le premier pays du monde occidental à traiter uniformément l'invalidité quelqu'en soit la cause, maladie ou accident.

Le Royaume-Uni a également connu une certaine activité en ce sens. Bien avant le rapport australien, le Council of Justice avait soumis un rapport à la Commission Pearson. Comme son titre l'indique, No Fault on the Roads (responsabilité sans faute sur les routes) celui-ci insistait pour qu'un régime "sans faute" remplace, dans le domaine des accidents d'automobiles, le système des recours en responsabilité civile. Il recommandait, de plus, d'établir un organisme administratif ou un tribunal ayant pour fonction d'évaluer les préjudices moraux. Toutes les victimes d'accidents d'automobiles seraient autrement indemnisées sur la base de leur revenu.

Ces propositions n'ont pas été acceptées par la Commission Pearson. Dans son rapport déposé en 1978[10], elle recommandait un régime d'indemnisation sans égard à la faute modelé sur celui des accidents de travail et versant des prestations à peu près identiques. Ce régime serait administré par le gouvernement et financé grâce à une taxe supplémentaire sur le carburant. Il remplacerait complètement les actions en responsabilité civile. Les droits de recours seraient cependant conservés mais à titre de complément[11].

Cette approche plus conservatrice de la Commission Pearson (par rapport à l'Australie et la Nouvelle-Zélande) est encore plus apparente dans la manière de traiter des accidents non rattachés au travail ou à la conduite d'une automobile.

L'assurance sociale n'a pas marqué d'aussi grands progrès dans d'autres parties du monde. Aux États-Unis, la tendance à l'indemnisation sans égard à la faute en est encore à ses premiers balbutiements. C'est une situation facile à comprendre lorsque l'on sait que les indemnités versées aux victimes d'accidents du travail sont encore sous le seuil de la pauvreté. Il faudra attendre encore au moins dix ans avant qu'un régime national d'assurance-santé soit institué. Les États-Unis sont loin derrière le Canada à ce chapitre. Chez nos voisins, la question de l'indemnisation sans égard à la faute est restreinte à l'assurance-automobile. Il est toujours utile, cependant de suivre l'évolution de la question chez eux.

Aux États-Unis, le débat sur la question de l'indemnisation sans égard à la faute a atteint son point culminant vers la fin des années 60, avec la publication de l'importante étude de Robert Keeton et Jeffrey O'Connell, Basic Protection for the Traffic Victim. Le gouvernement fédéral s'est même intéressé à la question, alors que le ministère des Transports se voyait chargé d'une étude, d'une période de deux ans, à partir de laquelle un rapport final fut rédigé en 1971, sous le titre de Motor Vehicle Crash Losses and Their Compensation in the United States. Voici la principale recommandation de cette étude :

> "Que le régime actuel d'assurance en cas de responsabilité civile soit remplacé par un régime d'assurance individuelle sans égard à la faute et que les poursuites en responsabilité extra-contractuelle soient éliminés du domaine des accidents"[12].

Le commissaire de l'assurance de l'État de New York a aussi proposé l'abolition du régime d'assurance-responsabilité civile et son remplacement par un programme complet et intégré d'assurance-accidents non basé sur la faute, dans une étude intitulée Automobile Insurance...For Whose Benefit? et publiée en 1970. Cette proposition n'a pas été adoptée intégralement, mais elle a servi de document important dans le débat opposant l'indemnisation fondée sur la faute à l'indemnisation sans égard à la faute.

Depuis 1970, alors que le Massachusetts adoptait le première loi d'indemnisation sans égard à la faute prévoyant un programme obligatoire de protection contre les dommages corporels, 24 États ont adopté certains éléments du régime d'indemnisation sans égard à la faute et les ont intégrés à leur régime d'assurance-automobile, tandis que 16 États, jusqu'à maintenant, ont adopté des lois en vue de restreindre en partie les recours en responsabilité civile. Des lois d'indemnisation sans égard à la faute ont été proposées dans tous les États, mais n'ont pas été adoptées dans certains, à cause de l'opposition de certains groupes, notamment le Barreau, les petites et moyennes compagnies d'assurance, et les défenseurs des libertés civiles[...].

L'intérêt suscité par les propositions de régimes d'indemnisation sans égard à la faute aux États-Unis tient, en partie, aux problèmes liés au concept de faute, notamment les problèmes d'imputabilité de la faute, surtout en vertu de la règle de la négligence contributive, à l'encombrement des tribunaux, surtout dans les grands centres urbains, aux délais de paiement des réclamations, à l'inef-

ficacité et au coût élevé du régime fondé sur la faute, à l'inéquité et aux différences entre les paiements et à la duplication des indemnités. Le régime d'indemnisation sans égard à la faute est intéressant, mais rendu compliqué par d'autres problèmes que connaissent les États-Unis en matière d'assurance-automobile, notamment le problème de l'automobiliste non assuré, des compagnies insolvables et de l'annulation arbitraire des polices qui empêchent plusieurs victimes d'être indemnisées. Dans plusieurs États, des éléments du régime d'indemnisation sans égard à la faute ont été adoptés dans le cadre d'une assurance obligatoire limitée, surtout à titre de palliatif, plutôt qu'à titre d'effort réel d'indemnisation sans égard à la faute.

Le débat sur l'indemnisation sans égard à la faute a repris aux États-Unis avec la publication en juin 1977 d'une deuxième étude du ministère des Transports sur l'expérience des 16 États ayant adopté ce régime pendant la période de 1971 à 1977. Les auteurs de cette étude, après avoir résumé les documents existants concernant les programmes gouvernementaux, ont conclu que "le régime d'indemnisation sans égard à la faute fonctionne bien"[13]. Durant l'été de 1977, le gouvernement Carter a indiqué qu'il était en faveur de l'adoption d'une législation énonçant des normes fédérales minimales pour les programmes d'assurance sans égard à la faute en cas de dommages personnels élaborés par les États. En 1974, le Sénat américain a adopté une version de ce projet de loi, la National No-Fault Motor Vehicle Insurance Act qui n'a jamais été approuvé par la Chambre des représentants.

Un projet de loi semblable est actuellement déposé devant le Sénat (S. 1381) de même qu'un autre projet de loi pratiquement identique devant le Congrès américain (H.R. 6601). Le projet de loi exige que toutes les entreprises d'assurance automobile fournissent, de façon obligatoire, des assurances-accidents sans égard à la faute; il prévoit aussi que chaque État devra introduire des restrictions au droit de poursuite en dommages-intérêts suite à un accident d'automobile.

Le problème principal ne semble pas être la question de l'adoption obligatoire de lois relatives à l'indemnisation sans égard à la faute. Le débat semble surtout porter sur la question de savoir si chaque État devrait adopter une telle loi ou si le gouvernement fédéral devrait adopter une loi générale que chaque État devrait respecter[14].

Aujourd'hui, 25 États américains ont adopté un régime quelconque d'indemnisation sans égard à la faute[15]. Certains, tels l'Arkansas, le Delaware, le Maryland, l'Oregon, la Caroline du Sud, le Dakota du Sud, le Texas, la Virginie et le Wisconsin, ont adopté des régimes d'assurance automobile semblables à ceux qui existent au Canada, mais qui n'éliminent pas les actions en responsabilité civile, et ajoutent simplement une protection complémentaire sans égard à la faute. Un autre groupe d'États comprenant le Colorado, le Connecticut, la Floride, la Georgie, Hawaï, le Kansas, le Kentucky, le Massachusetts, le Michigan, le Minnesota, le Nevada, le New Jersey, New York, la Pennsylvanie et l'Utah, ont adopté des lois qui prévoient le versement d'indemnités sans égard à la faute qui se trouvent à limiter quelque peu les possibilités de poursuite. Dans ces États, divers seuils établis d'après le type de la blessure ou le montant de la perte monétaire, ou les deux, doivent être dépassés pour pouvoir intenter une poursuite devant les tribunaux[16]. Au Michigan par exemple, le recouvrement de dommages moraux comme la douleur et la souffrance est restreinte aux cas de décès, d'invalidité grave ou de défiguration[17].

L'expérience américaine encore assez limitée en matière d'assurance automobile sans égard à la faute (administrée par le secteur privé) est jusqu'à maintenant probante. Seul le Nevada a abrogé sa loi en ce domaine[18]. Ni l'expérience des autres États, ni les conclusions d'études récentes ne justifieraient de contredire le Department of Transportation, qui affirmait en 1977 que l'assurance sans égard à la faute fonctionne bien[19].

Les expériences de ces divers pays ne nous engagent pas pour autant à adhérer totalement à un système sans faute. Elles ne nous apportent pas non plus de confirmation évidente du fait que l'assurance sociale se révèle un mécanisme supérieur de réparation. On peut toutefois observer une tendance plus évidente dans les pays du Commonwealth et encore faible aux États-Unis, vers une plus grande intervention de l'État, bien souvent par le biais de régimes d'assurance sociale, afin de traiter plus efficacement et plus équitablement le problème des blessures et de l'invalidité.

LES TENDANCES AU CANADA

Les tendances sont encore plus évidentes au Canada. Nous avons adopté des régimes d'assurance sociale sans crainte et avec beaucoup de zèle ces dernières années. Dans sa remarquable étude de l'histoire de la sécurité sociale au Canada, le professeur Dennis Guest avance l'argument qu'une ré-orientation progressive mais fondamentale a pris place ces dernières décennies. Selon lui, le thème majeur est celui du passage d'une approche résiduelle et limitée de la sécurité sociale, caractérisée par des programmes sur mesure répondant à des besoins "urgents", à une approche institutionnelle, ou globale, qui met l'accent sur le droit des citoyens de recevoir de l'aide sans être humiliés[20]. Le professeur Guest poursuit :

Après avoir limité les organismes de sécurité sociale à un rôle complémentaire par rapport au secteur privé et à la famille, on juge maintenant qu'ils représentent un moyen de défense de première importance. Cette théorie, que l'on qualifie de conception institutionnelle de l'aide sociale, est due à la reconnaissance croissante du fait que, vu la nature même de l'organisation sociale dans une société urbaine industrialisée, les risques inhérents à la sécurité sociale d'une personne font partie des coûts sociaux d'une société dont la plupart des membres bénéficient d'un niveau de vie plus élevé que jamais. Selon certains, la société ne devrait pas permettre que le coût du progrès repose sur les individus et les familles, mais elle devrait plutôt protéger et indemniser les gens qui portent une plus grande part du fardeau. Selon cette théorie institutionnelle de la sécurité sociale, la personne qui n'a plus de revenus parce qu'elle est en chômage doit être protégée par un programme public qui maintient son revenu, ou une partie raisonnable de celui-ci, jusqu'à ce qu'elle retourne au travail. Lorsqu'il a recours à une aide comme l'assurance-chômage, le prestataire, après avoir rempli les conditions préalables à sa demande, touche des prestations considérées comme un droit et non un cadeau. De plus, s'il prouve qu'il a subi le risque assuré, il est présumé être dans le besoin et on lui verse les prestations sans qu'il ait à subir la demande de renseignements personnels, souvent humiliante, qui caractérise l'approche complémentaire de la sécurité sociale[...].

Selon la conception institutionnelle de la sécurité sociale, les programmes d'aide sociale constituent le principal remède contre l'adversité et il est faux de prétendre que l'ardeur au travail, l'économie et la prévoyance sont des vertus qui font défaut aux pauvres et aux personnes à la charge de la société. Il faut se garder de faire la morale à propos des défauts des personnes dans le besoin et par contre définir clairement les responsabilités sociales pour tous les risques inhérents au bien-être social, qui caractérise la vie dans une société industrielle. Cette optique constitue de fait une prolongation du concept de responsabilité proposé par les défenseurs du rôle complémentaire de la famille par rapport à la communauté. On ne nie pas l'existence de l'obligation qui incombe aux familles de prendre soin des leurs. De fait, les défenseurs de la sécurité sociale prétendent que de tels programmes renforcent les liens familiaux et soutiennent les cellules familiales dans leurs obligations. Mais toute société civilisée a l'obligation de s'assurer que les coûts et les avantages du progrès industriel sont partagés par tous et que la protection des membres les plus vulnérables de la communauté - les gens âgés, les enfants, les handicapés,

> les travailleurs devenus inutiles à cause des changements sociaux rapides - soit la principale priorité des politiques et des programmes. Les adversaires de cette approche ont prétendu que le fait de protéger l'individu contre les exigences de la vie lui enlève toute indépendance et entraîne des demandes continues et croissantes d'aide envers l'État. De là, certains rendent l'État-providence responsable d'une augmentation de la dépendance et, éventuellement, d'un affaiblissement de l'économie.
>
> Le débat sur le rôle institutionnel, plutôt que complémentaire, des programmes de sécurité sociale est une question importante qui revient souvent dans l'histoire de la sécurité sociale au Canada. Les défenseurs du rôle complémentaire étaient majoritaires avant 1940, mais la théorie du rôle institutionnel est devenue sans aucun doute plus populaire à la fin de la Deuxième Guerre mondiale[21].

Dans les années qui ont suivi la fin de la Deuxième Guerre mondiale, et en particulier dans les années 60 et 70, les programmes d'assurance sociale fédéraux et provinciaux qui traduisaient cette nécessité "institutionnelle" ont continué à croître. Le tableau 2 montre l'accroissement des dépenses de sécurité sociale du gouvernement pendant les 30 dernières années. Au moment où des régimes d'indemnisation des accidents du travail étaient créés, en 1915, les dépenses provinciales en matière de santé et de bien-être s'élevaient à peine à $4,3 millions. Le total des dépenses fédérales étaient encore moindre, soit à peine $2,7 millions. Cinquante-sept ans plus tard, en 1972, les dépenses des provinces s'élevaient à presque $5 milliards et les dépenses fédérales à plus de $6,5 milliards. Dans l'intervalle, les deux niveaux de gouvernement ont mis en oeuvre de grandes mesures de sécurité sociale dans des domaines tels les soins de santé, l'assurance-chômage et les pensions de vieillesse.

Le tableau 3 montre l'accroissement des dépenses gouvernementales en matière de sécurité sociale en pourcentage du produit national brut et du revenu national pour les années 1963 à 1972.

Même à ces taux, le Canada se place loin derrière les grandes nations démocratiques du monde occidental pour ce qui est des pourcentages du produit national brut. Au tableau 4, on peut constater que le Canada dépense à peine plus que l'Australie et les États-Unis et beaucoup moins que l'Autriche, l'Allemagne de l'Ouest et le Royaume-Uni.

Tableau 2

Dépenses totales en matière de santé et de bien-être par niveau de gouvernement, de 1913 à 1972

Année	Fédéral	Provinces	Municipalités	Total
		(en millions de dollars)		
1913	2,7	4,3	8,2	15,2
1920-1921	58,6	22,8	18,8	100,2
1926-1927	49,7	28,6	20,7	99,0
1930-1931	73,0	52,2	31,5	156,8
1933-1934	97,5	75,9	57,1	230,5
1937-1938	127,4	127,8	54,4	309,6
1938-1939	132,3	123,2	51,6	307,1
1939-1940	154,1	114,3	48,9	317,2
1940-1941	124,2	87,3	43,6	255,1
1942-1943	102,7	89,0	38,3	230,0
1945-1946	410,6	120,5	42,6	573,8
1947-1948	569,5	179,3	44,8	793,5
1949-1950	738,8	274,9	47,4	1 061,1
1951-1952	843,0	327,6	59,6	1 230,2
1953-1954	1 208,8	386,4	78,4	1 673,7
1955-1956	1 346,9	463,3	97,1	1 907,3
1957-1958	1 755,1	572,1	112,6	2 439,8
1960-1961	2 362,1	885,7	109,0	3 356,8
1962-1963	2 683,5	1 097,7	117,3	3 898,5
1964-1965	2 969,7	1 376,1	108,2	4 454,0
1966-1967	3 243,1	2 017,7	130,0	5 390,8
1968-1969	4 450,0	2 725,0	145,0	7 320,0
1970	5 057,5	3 301,0	189,7	8 548,2
1971	5 962,5	4 017,2	213,5	10 193,3
1972	6 572,6	4 472,0	245,0	11 289,6

Source : Guest (1980) p. 173.

Tableau 3

Dépenses gouvernementales de sécurité sociale en pourcentage du produit national brut et du revenu national Canada, années 1963-1964 à 1971-1972

Année financière	Produit national brut	Revenu national	Dépenses gouvernementales en matière de sécurité sociale		
	(en millions de dollars)		Montant	% du PNB	% du RN
1963-1964	44 358	33 458	4 069	9,2	12,2
1964-1965	48 364	36 106	4 454	9,2	12,3
1965-1966	53 636	40 015	4 727	8,8	11,8
1966-1967	59 265	44 130	5 391	9,09	12,2
1967-1968	66 799	50 088	6 445	9,6	12,9
1968-1969	73 225	55 548	7 370	10,1	13,3
1969-1970	81 285	61 653	8 548[1]	10,5	13,9
1970-1971	86 871	65 141	10 193	11,7	15,6
1971-1972	96 015	72 730	11 290	11,8	15,5

1. Comprend les données estimatives.

Source : Santé et Bien-être Canada (1974), tableau B, p. 71.

Tableau 4

Dépenses publiques pour les régimes de sécurité sociale en pourcentage du produit national brut

Autriche	18,5
Allemagne de l'Ouest	17,4
Pays-Bas	16,7
Danemark	13,2
Royaume-Uni	12,6
Nouvelle-Zélande	11,8
Irlande	10,2
Canada	9,6
Australie	8,2
États-Unis	7,2

Source : Armitage, (1975) p. 6.

Ce bref aperçu des efforts du Canada en matière de sécurité sociale vise premièrement à montrer la mesure dans laquelle les gouvernements à tous les paliers ont favorisé l'élargissement de l'assurance sociale et deuxièmement à nous rappeler que l'assurance sociale est un phénomène mondial qui grossit aussi bien en taille qu'en importance.

La tendance est telle au Canada qu'il est bien évident qu'une part croissante de notre PNB ira financer divers régimes d'assurance sociale[22], mais il n'y a aucune garantie de rationalisation. L'histoire de notre législation dans le domaine de la sécurité sociale montre qu'elle s'est faite à la pièce. La meilleure preuve que l'on puisse donner, ce sont les programmes d'assurance sociale qui ont trait à l'indemnisation des blessures ou de l'invalidité.

Le moins qu'on puisse dire de notre façon de faire dans ce domaine c'est qu'elle est fragmentaire. Même le régime le plus global à ce jour, celui de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail, a été confiné aux accidents survenus lors du travail avec le plus grand soin. Les blessures causées par les produits subies par les mêmes personnes ailleurs, dans leur automobile ou à domicile sont traitées différemment. Le manque de logique de ces distinctions a été signalé dès 1913 par un auteur américain avisé :

> Si la règle prévue par la loi pour les travailleurs est fondamentalement juste ou rapide, pourquoi refuser de faire de cette règle la condition préalable à l'obtention de dommages-intérêts par des personnes autres que les travailleurs, lorsqu'elles sont blessées sans qu'il y ait faute d'une des parties? [...] S'il est nécessaire que l'on adopte cette loi pour que les travailleurs soient traités avec justice, des lois semblables doivent être adoptées pour certaines autres personnes - en d'autres termes, les travailleurs ne doivent pas être les seuls à profiter d'une loi fondée sur ce principe de base[23].

Cela ne nous a pas empêché d'adapter d'autres régimes de compensation sans tenir compte des incohérences qu'entraîne le fait de s'attacher à un seul groupe de personnes. De là est né, par exemple, le régime complémentaire sans égard à la faute dans le cas des accidents d'automobiles. La responsabilité civile est virtuellement abolie dans le cas d'accidents se produisant au travail, mais elle existe encore pour les accidents d'automobiles. Le professeur Harry Glasbeek se fait le porte-parole de nombreux spécialistes du domaine lorsqu'il déclare qu'il est difficile de saisir la logique d'un tel système, à moins que ce soit la déclaration tacite de faillite intellectuelle de la part des tenants de la doctrine de la faute[24].

L'envergure de cette approche à la pièce et l'injustice qui en découle commence à être reconnues cependant. Ces dernières années, de nombreuses propositions de rationalisation ont été avancées. En 1973, la Commission de réforme du droit de l'Ontario publiait un rapport qui examine le système des recours en responsabilité civile et son efficacité comme méthode d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles. La Commission recommandait qu'un régime intégré, plus approprié et efficace la remplace[25]. Des recommandations semblables favorisant l'adoption des régimes sans égard à la faute pour tous les préjudices corporels ont été formulées par les organismes suivants :

Commission d'enquête sur l'assurance automobile, nommée par le Gouvernement du Québec, président J.L. Gauvin, rapport présenté en mars 1974.

The Sickness and Accident Insurance Committee (Comité sur l'assurance maladie et accident) nommé par le gouvernement de la Saskatchewan, président : le juge A. Pope, rapport présenté en septembre 1976.

The Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents (Comité sur les réparations des accidents d'automobiles), nommé par le gouvernement de la Saskatchewan, président Roger Carter, c.r., rapport présenté en décembre 1976.

A Government White Paper on Accident and Sickness Compensation (Livre blanc sur l'indemnisation des accidents et de la maladie), gouvernement du Manitoba, présenté en mai 1977.

En 1978, dans son étude de l'assurance automobile, le Select Committee on Company Law, de l'Ontario pressait le gouvernement d'adopter immédiatement un régime d'indemnisation global sans égard à la faute pour ce qui est des accidents d'automobiles. La force avec laquelle le Comité a présenté ses conclusions mérite d'être signalée :

> Le Comité a examiné avec soin les arguments avancés à l'égard des régimes d'indemnisation sans égard à la faute et il a étudié les expériences vécues dans les autres provinces. Le Comité a aussi pris en considération les rapports qui lui ont été soumis et étudié d'autres documents, comme le Report of the Ontario Law Reform Commission on Motor Vehicle Accident Compensation de 1973.
>
> Les conclusions du Comité à l'égard des régimes d'indemnisation sans égard à la faute sont les suivantes :
>
> 1. Afin de formuler ses conclusions, le Comité a tout d'abord souligné la question fondamentale : la faute devrait-elle demeurer le facteur principal dans la détermination des dommages dans le cas des accidents d'automobiles? Le Comité a été fortement impressionné par la capacité des régimes d'indemnisation sans égard à la faute d'indemniser toutes les victimes, sans se préoccuper de la faute, au lieu de ne payer que les personnes relativement innocentes. Le Comité a aussi été impressionné par la façon dont les régimes d'indemnisation sans égard à la faute diminuent les coûts d'expertise et de règlement en réduisant au minimum les enquêtes sur la faute, de sorte qu'une plus grande portion des primes payées par le public soit retournée sous forme de prestations. Par conséquent, le Comité recommande que "la faute" ne soit plus le facteur principal pour déterminer s'il y a lieu d'indemniser les préjudices subis lors d'accidents d'automobiles.
>
> 2. Après avoir choisi la règle générale de l'indemnisation sans égard à la faute, le Comité a ensuite examiné la question plus spécifique de l'indemnisation des dommages corporels. Le Comité considère que les avantages de l'indemnisation sans égard à la faute sont encore plus concluants dans ce domaine que dans tout autre. Par conséquent, le Comité a conclu que l'Ontario devrait créer un programme complet d'indemnisation sans égard à la faute des pertes pécuniaires en cas de dommages corporels et que le nouveau programme devrait remplacer le système actuel de protection en cas d'accidents[26].

Une seule province canadienne s'est jusqu'à maintenant engagée dans cette voie en adoptant un régime d'assurance sans égard à la faute pour les victimes d'accidents d'automobiles. Depuis le 1er mars 1978 au Québec, toutes les réclamations pour dommages corporels causés par un accident d'automobile sont de la compétence exclusive de la Régie de l'assurance-automobile du Québec[27]. Cet organisme public administre le régime d'indemnisation sans égard à la faute pour les dommages corporels seulement. Les réclamations pour dommages matériels sont traitées par le secteur privé.

Cette initiative du Québec d'adopter un régime d'indemnisation "pur" sans égard à la faute est unique en Amérique du Nord. La question de savoir si d'autres provinces l'imiteront reste à voir, mais un consensus semble se dégager. Les dernières propositions de réforme du droit et en particulier les recommandations de l'influent Select Committee on Company Law de l'Ontario, pourraient faire en sorte que bientôt le régime soit accepté et fasse l'objet d'une législation en ce sens.

UNE RÉ-ORIENTATION : INDEMNISATION DES VICTIMES

> Depuis la révolution industrielle et les risques qu'elle fait supporter au grand public, on s'est toujours efforcé au niveau législatif, judiciaire, administratif ou doctrinal à faire de l'"erreur" de l'entrepreneur une façon d'indemniser l'atteinte aux "droits" de la victime[28].

Les diverses initiatives de réforme du droit et les législations adoptées à cette occasion témoignent tout simplement d'un déplacement du centre d'intérêt. De nos jours, et depuis quelques années déjà, on cherche de plus en plus à protéger les victimes et à répondre au besoin d'une indemnisation équitable et satisfaisante. Les tribunaux ont été le théâtre de cette tendance que l'on observe plus particulièrement aux États-Unis. Le remue-ménage qui a marqué tout le domaine de la responsabilité du fait des produits, avec pour résultat la formulation d'une règle de responsabilité stricte pour les produits défectueux, est d'abord et avant tout un phénomène judiciaire. L'élimination de l'obligation d'avoir un lien direct avec le défendeur, l'extension des garanties implicites, le recours ouvert également à l'utilisateur ou au spectateur, la rationalisation de la responsabilité du fournisseur avec cette nouvelle règle de la responsabilité stricte, tout cela est le résultat de la révolution de la jurisprudence américaine en ce qui concerne la responsabilité du fait des produits. Tout cela est bien connu et nous n'y reviendrons pas[29].

La genèse de cette évolution n'est pas très mystérieuse. Les dommages causés par des produits défectueux ne devraient pas être supportés par des victimes du hasard. Ils devraient être répartis entre tous les consommateurs qui bénéficient des diverses techniques de production qui dominent le marché de la consommation.

> En se servant du régime de partage des risques qui a cours dans le domaine des affaires, les tribunaux ont réussi à faire, avec la responsabilité du fait des produits, ce que la législation a consacré dans le domaine des accidents du travail et des accidents d'automobiles. Le but commun, atteint par différents instruments juridiques, était de prévoir la distribution des pertes dues aux accidents[30].

Cette préoccupation des tribunaux concernant la répartition du préjudice plutôt que la conduite du responsable est en accord avec l'idée de plus en plus forte de la responsabilité sociale qu'on retrouve également dans d'autres domaines de réforme sociale. Et comme le faisait observer le professeur Friedman, la prépondérance grandissante du principe de la responsabilité de la société dans le cas des accidents n'est pas imputable à un quelconque abandon cynique du principe de la responsabilité individuelle, mais au fait que des millions de personnes sont exposées à des accidents dans des usines, sur la route, en avion ou parce qu'elles sont menacés par le chômage[31]. Cette notion de responsabilité collective ou communautaire est sous-jacente aux nombreuses propositions actuelles en matière d'indemnisation universelle des accidents.

Comme le disait le comité Woodhouse :

> Dans l'intérêt national et à titre d'obligation nationale, la communauté doit protéger tous les travailleurs et leurs conjoints, lorsqu'une incapacité physique les empêche de contribuer, par leur travail, au bien-être général de la société[32].

Selon les professeurs Glasbeek et Hasson :

> Si la richesse d'une société équivaut à l'ensemble de tout son actif, toute diminution de cet actif représente une perte pour la société. Si les êtres humains sont considérés comme faisant partie de l'actif de la société, puisqu'ils représentent des entités de production pour la société, les blessures subies par un être humain doivent être considérées comme une perte pour la société. Puisque la blessure subie par une personne équivaut à une perte pour la société, il semble logique que la société, en tant que telle, doive supporter la perte[33].

D'après le professeur Englard :

> En réponse à la crise que connaît le régime de responsabilité extra-contractuelle, la doctrine américaine moderne a fait des efforts considérables pour créer une meilleure théorie générale de la responsabilité. Dans leur forme actuelle, ces tentatives sont vouées à l'échec puisqu'elles constituent une action désespérée de l'arrière-garde doctrinaire en vue de conserver un régime tradition-

> nel individualiste dans un monde en mutation constante. Chez Calabresi et Posner, cet individualisme se retrouve sous une forme économique, soit le concept de la prévention par la concurrence. Chez Epstein et Fletcher, on retrouve l'individualisme classique dans l'adhésion stricte au concept de la justice corrective. En matière du droit des accidents, la tendance générale est cependant opposée : les concepts de justice distributive prédominent dans une société de plus en plus collectiviste.
>
> Dans le domaine des dommages corporels, une croissance graduelle de l'assurance sociale est à prévoir. Cette tendance n'est sûrement pas due à des considérations purement économiques visant à la réduction accessoire du coût des accidents. C'est plutôt une conséquence de la sensibilisation croissante en faveur de l'indemnisation par la société des personnes victimes d'accidents[34].

Comme le dit le professeur Ison :

> Grâce à la création de programmes spéciaux d'indemnisation, à l'adoption de lois de sécurité sociale et à l'acceptation d'un rôle plus actif de la part du gouvernement, la réparation des dommages corporels ne doit plus obligatoirement être traitée comme une question de droits et de responsabilités entre deux parties[35].

Et enfin, tel qu'exprimé par le professeur Henderson :

> En cas d'incapacité, l'indemnisation devrait être considérée comme un droit et non comme une faveur[36].

On peut expliquer cette tendance prononcée à la responsabilité sociale et à l'indemnisation de la victime en se reportant à l'évolution du sens des responsabilités communautaires et de la conscience de la collectivité. On peut aussi l'expliquer de façon moins émotive en parlant de coûts. Un des moteurs les plus sûrs de l'évolution actuelle en matière de sécurité sociale et d'assurance sociale pourrait être de caractère purement financier : l'assurance sociale est tout simplement moins chère. Nous reviendrons sur ce point au chapitre VIII, mais il semble opportun de signaler que la Commission Pearson a établi que l'abolition du régime de responsabilité civile dans le cas des blessures individuelles et la mise en oeuvre d'un régime global d'indemnisation des victimes sans égard à la faute permettrait une économie nette de £84 millions par année[37].

Quelle que soit l'origine de l'intérêt que l'on porte à l'heure actuelle à l'indemnisation de la victime, force est de constater que l'évolution vers un régime d'indemnisation de l'assuré sans égard à la faute dépend beaucoup de la richesse de la société. Selon le professeur

Henderson, il existe une corrélation très nette entre l'accroissement de la richesse de la société et l'évolution vers un régime d'indemnisation sans égard à la faute.

> Lorsqu'une société se développe du point de vue économique, de sorte que les besoins fondamentaux des individus sont comblés et que la plupart jouissent d'un niveau de vie relativement élevé, les pertes dues aux accidents semblent être plus fortuites. On a donc tendance à vouloir répartir ces pertes sur un grand nombre de personnes afin de mitiger leur effet, et cette distribution est possible grâce à la richesse marginale disponible. Une société d'abondance peut non seulement aspirer à la sécurité mais aussi fournir les moyens de l'atteindre. Les gens ont maintenant l'argent nécessaire pour former un fonds, avec les autres personnes qui se trouvent dans la même situation, afin de diminuer les risques de pertes catastrophiques ou de moindre importance. On considère que les pertes fortuites constituent une injustice, non seulement envers la personne, mais aussi envers la société [...]. Le régime de réparation des pertes accidentelles n'est pas vraiment en crise, il change plutôt d'état. Grâce à sa richesse, la société peut maintenant répartir la plupart des pertes matérielles fortuites à travers un régime d'assurance[38].

Le professeur Henderson nous rappelle qu'il est simple de passer d'un régime d'assurance responsabilité civile à un régime d'assurance individuelle lorsque la victime est la principale préoccupation. Cette observation vient étayer ce que disait le professeur Linden quand il affirmait que ce serait un petit pas à franchir que d'adopter un régime d'indemnisation universel[39].

UN RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS EST-IL INÉVITABLE?

Est-ce vraiment inévitable? N'est-ce qu'une question de temps? Y aura-t-il un régime universel d'indemnisation des accidents dans chacune des dix provinces d'ici la fin des années 80? Va-t-on réunir les trois niveaux de protection en un seul régime plus efficace et plus facile à administrer? D'après ce que nous avons vu jusqu'à maintenant, la réponse est évidente : la logique, la rationalité, et les responsabilités sociales et financières exigent l'intégration et la mise en oeuvre d'un seul régime d'indemnisation universel des accidents. Que nous en arrivions inévitablement à un régime sans égard à la faute semble évident aux personnes qui se sont intéressées à la question.

Le Professeur Bruce Dunlop précise :

> L'action en responsabilité civile ne sera pas abolie tant qu'on ne considèrera pas, finalement, que le coût est injustifié. L'action en responsabilité civile est tenace, mais elle est vouée à disparaître[41].

Le Professeur Jeffrey O'Connell est d'avis que :

> La manière de passer du régime de réparation des dommages corporels fondé sur la faute à un régime d'assurance sans égard à la faute n'est pas très claire; est-ce qu'on adoptera un régime facultatif d'assurance individuelle ou du tiers responsable, ou un régime mixte, ou des réformes importantes comme celles élaborées en Nouvelle-Zélande, ou un autre régime de compromis? Il est clair, cependant, que le système actuel d'avocats recherchant la faute comporte tous les inconvénients des deux domaines (des primes de plus en plus élevées et des prestations insuffisantes) et qu'il est voué à l'échec. De fait, il est surprenant que cette façon démodée de traiter des accidents soit demeurée en vigueur si longtemps au XX^{e} siècle[42].

Le Professeur Stephen Waddams, quant à lui, énonce :

> Il y a beaucoup à dire en faveur de l'adoption d'un régime obligatoire d'indemnisation des accidents puisqu'il existe des méthodes d'indemnisation des victimes d'accidents plus efficaces, plus rationnelles et plus justes que le régime actuel des recours en responsabilité. Si l'indemnisation des accidents est considérée comme un objectif social souhaitable, il est difficile de comprendre la raison d'être d'une distinction entre la victime innocente d'un accident qui a la chance de trouver un défendeur légalement responsable de l'accident et la victime qui, ayant subi le même préjudice, ne peut trouver une personne ou quelqu'un de solvable à qui on peut imputer la responsabilité[43].

M. Roy Jamha, président du Workers' Compensation Board de l'Alberta prédit l'adoption prochaine au Canada d'un programme semblable à celui en vigueur en Nouvelle-Zélande[44].

Malheureusement, ces prédictions continuent de tomber dans l'oreille d'un sourd. Quand on discute de responsabilité du fait des produits aujourd'hui, on discute des règles de la responsabilité civile. Que dire de cet entêtement, cette obsession même, à s'en tenir à la responsabilité civile? Pourquoi ne parler encore et toujours que de responsabilité stricte pour les accidents qui se produisent ailleurs qu'au travail et ne mettent pas en cause une automobile quand nous avons en main toutes les données voulues pour aller de l'avant? Il y a de quoi s'interroger. Nos pères ont reconnu la nécessité de mettre en oeu-

vre un régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail sans se creuser la tête. Et aujourd'hui, avec les montagnes de données et les analyses actuarielles sophistiquées que nous possédons et qui appuient toute la rationalisation et l'harmonisation, nous avançons à contrecoeur. Le professeur O'Connell a raison, nous sommes, par rapport à nos prédécesseurs, une bande de timides :

> Le droit de responsabilité extra-contractuelle a d'abord été appliqué dans le domaine des accidents du travail; et c'est relativement tôt que quelques personnes très intelligentes, et même d'autres qui l'étaient moins se sont aperçues que l'application de ce concept avait des conséquences désastreuses. Bismarck, qu'on ne peut sûrement pas prendre pour un apôtre du libéralisme, a rejeté toute l'institution. À la fin du XIX^{e} siècle, en Angleterre le parti tory, qui n'était pas non plus constitué des hommes les plus brillants, les plus éveillés ou les plus libéraux que la terre ait portés, a reconnu que le système avait des conséquences désastreuses et qu'on devait y renoncer. Cela leur a pris beaucoup de confiance puisqu'au début du siècle, il n'y avait pas de statistiques actuarielles pour prévoir le coût de l'indemnisation des accidents du travail en Grande-Bretagne, en Australie, en Nouvelle-Zélande, au Canada et aux États-Unis. Personne ne savait ce que cela coûterait. Ils ont donc vraiment eu confiance. Et je crois que cela démontre que nous sommes des timides aujourd'hui quand nous nous inquiétons du coût d'un changement semblable dans d'autres domaines, alors que nous avons en main beaucoup plus de données pour nous permettre de faire ce changement[45].

En toute franchise cependant, notre timidité et la tentation actuelle de rafistoler le système peut s'expliquer. En fait, ce ne sont pas tous les experts du domaine qui pensent que l'assurance de la victime sans égard à la faute est souhaitable ou impossible à éviter. Le juge Linden qui est reconnu comme étant un spécialiste dans le domaine, croit encore à la valeur et à la validité de notre régime et à une "coexistence pacifique" de ses trois niveaux[46]. Lors d'un colloque récent sur l'indemnisation de la victime d'accidents, il s'est exprimé ainsi :

> Malgré ses défauts [...] notre régime à trois niveaux, y compris le droit de la responsabilité civile, est tout compte fait un assez bon régime; de fait, c'est l'un des meilleurs régimes au monde[47].

Qu'un éminent juriste, qui a consacré sa vie à l'étude du problème des accidents continue à défendre le système actuel que la plupart des observateurs qualifient de fatras, voilà matière à réflexion. Aurions-nous négligé des sources de renseignements, lesquelles? Linden défend-il le maintien de la responsabilité civile parce qu'elle présente des avantages au niveau de l'indemnisation? Ou parce qu'elle constitue

un moyen efficace de prévention? Y a-t-il quelques autres bonnes raisons de conserver le régime actuel? Il est temps d'examiner tous les arguments en faveur ou contre ce régime.

Le chercheur objectif n'a qu'à se reporter aux très nombreuses études sur le sujet. Que savons-nous, en réalité, de la valeur et de la viabilité du maintien du régime de la responsabilité civile? Nous examinerons en détail les données disponibles dans les deux prochains chapitres.

RÉFÉRENCES

1. Holmes (1881) p. 96.

2. Id.

3. Linden, Symposium de Calgary (1979) p. 156.

4. Voir notamment "Compensation: A Widow Learns the Bitter Truth", Globe and Mail (6 juin 1980) p. 3 et "Workers' Compensation Board Under Fire", Toronto Star (16 août 1980) p. B-5. L'assurance-maladie provinciale a aussi fait l'objet d'une grande controverse. Voir infra, note 5; note 3, chapitre IX.

5. En Ontario, par exemple, Paul Weiler a reçu une subvention pour effectuer une étude approfondie de la Commission des accidents du travail. Le rapport du juge Emmett Hall sur l'assurance-maladie provinciale est maintenant terminé et est à l'étude. Voir également "Restrict MDS' Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told", Globe and Mail (4 septembre 1980) p. 1.

6. 1972, annexe 2, telle que modifiée par l'Accident Compensation Act (N° 2) 1973, art. 4(c).

7. Australie (1974).

8. Wright et Linden (1980) pp. 15-47 et 15-48.

9. Voir notamment les opinions exprimées par l'Ontario Select Committee on Company Law (1978) p. 342.

10. Supra, note 50, chapitre I.

11. Ces propositions sont examinées en détail dans Allen, Bourn et Holyoak (1979). Voir aussi Fleming (1979); Weir (1978); Ogus, Cortfield et Harris (1978).

12. U.S. Dept. of Transportation (1971).

13. U.S. Dept. of Transportation (1977).

14. Ontario Select Committee on Company Law (1978) pp. 339-342.

15. Pour une liste récente, voir Note (1977). Voir aussi O'Connell (1977b) (1979) pp. 157-175.

16. Wright et Linden (1980) pp. 15-33. Voir aussi O'Connell (1979) pp. 157-175.

17. Mich. Stat. Ann. art. 24-13135 (1979), traité dans O'Connell (1979) pp. 157 et suiv.

18. Epstein (1980b) pp. 769-770.

19. U.S. Dept. of Transportation (1977). Dans les États qui ont adopté une bonne législation tels le Minnesota et plus particulièrement le Michigan, le succès du régime sans faute a été si frappant que ce n'est qu'une question de temps avant qu'il soit universellement accepté. O'Connell, Symposium de Calgary (1979) p. 144.

20. Guest (1980) p. 203.

21. Id., pp. 2 et 3.

22. Voir notamment "MPs Cheer Increase in War Pensions", Globe and Mail (10 juillet 1980) p. 9.

23. Smith (1913) pp. 251 et 367.

24. Glasbeek et Hasson (1977) pp. 419 et 420.

25. Ontario Law Reform Commission (1973) p. 107.

26. Ontario Select Committee on Company Law (1978) p. 63.

27. Traité dans Wright et Linden (1980) pp. 15-40 à 15-41. Voir également le Guide de l'assurance-automobile au Québec (1979).

28. Ehrenzweigh (1977) p. 110.

29. Pour une analyse détaillée de la "révolution" en matière de responsabilité du fait des produits aux États-Unis, voir les documents, supra, note 25 et note 5, chap. I. Voir aussi Prosser (1966) et McKean (1970b).

30. Henderson (1976) p. 415.

31. Friedman (1970) p. 163.

32. Cité dans Palmer (1973) p. 32.

33. Glasbeek et Hasson (1977) p. 397.

34. Englard (1980) p. 68.

35. Ison (1967) p. 29.

36. Henderson (1969-1970) p. 157.

37. Les calculs sont décrits en détail dans Atiyah (1979) p. 242; voir également le chap. VIII.

38. Henderson (1967) pp. 420 et 421.

39. Id., pp. 418 et 419.

40. Linden, Symposium de Calgary (1979) p. 156.

41. Dunlop (1975) p. 447.

42. O'Connell (1979) p. 219.

43. Waddams (1980) p. 268.

44. Jamha, Symposium de Calgary (1979) p. 134.

45. O'Connell, Symposium de Calgary (1979) p. 74.

46. Linden (1966b).

47. Linden, Symposium de Calgary (1979) p. 154.

Chapitre V

RESPONSABILITÉ CIVILE ET RÉPARATION DU PRÉJUDICE

"Les deux objectifs principaux poursuivis par le droit de la responsabilité civile sont la réparation du préjudice et la prévention du fait dommageable"[1]. Il peut exister d'autres raisons, notamment celle de la rétribution, mais elles ne prédominent pas. La réparation et la prévention demeurent les principaux motifs au maintien du système de la responsabilité civile. Les projets de réforme actuels qui favorisent l'adoption du principe de la responsabilité stricte dans le cas d'une blessure causée par un produit, se fondent sur la thèse suivante : les règles de la responsabilité civile sont valables et applicables; il est bon de les conserver; il suffit de remplacer le principe de l'imputabilité de la faute par celui de la responsabilité stricte.

L'adoption de la responsabilité stricte permettra-t-elle au principe de la responsabilité extra-contractuelle d'agir comme mécanisme rentable d'indemnisation ou de prévention? Même en adoptant la responsabilité stricte, est-on justifié de retenir l'action responsabilité civile dans le cas d'accidents qui ne sont pas des accidents du travail ou des accidents d'automobiles? Après 20 ans de recherches bien documentées, nous possédons maintenant les données nous permettant d'évaluer le bien-fondé des arguments relatifs à l'indemnisation et plus particulièrement à la dissuasion, arguments dont on se sert actuellement pour légitimer la réforme de la responsabilité civile par l'adoption de la responsabilité stricte. Dans ce chapitre, nous allons examiner les éléments relatifs à l'argument de la réparation. Au chapitre VI, nous ferons de même pour la prévention.

LA RESPONSABILITÉ CIVILE COMME MOYEN DE RÉPARATION

Selon le Report on Products Liability[2] de la Commission de la réforme du droit de l'Ontario publié récemment : "en matière de responsabilité du fait des produits, le principal objet de la responsabilité civile consiste à trouver une formule rationnelle, juste et pratique d'indemnisation des victimes d'accidents"[3]. Toutefois, personne aujourd'hui, pas même M. Waddams qui a dirigé les recherches en vue de la publication du rapport susmentionné, ne prétend que les règles de responsabilité civile sont plus valables que les autres formules d'indemnisation en cas d'accidents. En effet, il se dégage clairement des écrits à ce sujet que la responsabilité civile comme moyen de réparation échoue lamentablement. Comme l'indique M. Waddams dans son ouvrage intitulé Products Liability :

> Si notre objectif était l'indemnisation des victimes d'accidents, nous pourrions affirmer que l'opportunité d'instituer un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents ne fait plus de doute. Pour réussir à obtenir réparation sous le régime de la responsabilité civile, il faut être en mesure de trouver et d'identifier un coupable qui soit solvable et qui puisse être tenu légalement responsable. Il s'agit d'une aventure longue et coûteuse où interviennent tribunaux, avocats et assureurs pour arriver à un résultat qui pourrait être obtenu à bien meilleur compte et de façon plus efficace et équitable en indemnisant toutes les victimes d'accidents. En réalité, la collectivité supporte déjà une grande partie du coût des accidents par le truchement des divers services sociaux[4].

Il suffit de quelques instants de réflexion pour constater que les lacunes du système de recours en responsabilité civile comme moyen de réparation universelle dans le cas d'une blessure causée par un produit sont évidentes après quelques instants de réflexion. Chacun des points suivants, notamment, ont été largement traités dans la documentation en la matière : l'exclusion arbitraire des victimes qui ne peuvent trouver le responsable, ou ne peuvent lui imputer la faute; les iniquités inhérentes aux poursuites en justice qui sont souvent le jeu du hasard; les retards indus relatifs à l'obtention d'une indemnisation, et les frais exhorbitants liés à l'action en justice. Tout le monde est unanime à dire que si la réparation constituait le seul avantage des recours en responsabilité civile, ils auraient été abolis il y a des dizaines d'années.

Nous pourrions peut-être passer immédiatement au chapitre VI et à un principe clairement plus défendable, celui de la prévention. Cependant, aux fins de cette étude et à l'intention de ceux qui croient peut-être encore au principe de la responsabilité civile comme moyen de réparation, nous allons apporter un certain nombre d'éléments plus étoffés qui prouvent le contraire.

LA RÉPARATION : LES LACUNES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Plus de 50 p. 100 des victimes ne sont pas indemnisées. C'est la conclusion la plus importante à laquelle sont arrivés ceux qui depuis 15 ans se sont penchés sur l'étude de la responsabilité civile. "Moins de la moitié des victimes sont indemnisées sous le régime de la responsabilité civile[...] moins de la moitié obtiennent pleine réparation"[5]. Le Report of the Osgoode Hall Study on Compensation for Victims of Automobile Accidents[6], le Report on Motor Vehicle Accident Compensation de la Commission de la réforme du droit de l'Ontario[7], l'étude récente menée par le département américain des transports[8] et de multiples autres études, articles et ouvrages[9] confirment que plus de 50 p. 100 des victimes d'accidents ne sont pas indemnisées dans le régime de responsabi-

lité civile. Que cet état de fait découle de l'impossibilité pour la victime d'imputer la faute à un responsable ou de prouver que le produit était effectivement défectueux, d'une part, ou résulte des frais et de l'incertitude dans les recours en responsabilité, d'autre part, la conclusion de la National Commission on Product Safety dans son rapport final publié en 1970 s'applique encore aujourd'hui : "la plupart des consommateurs victimes de dommages corporels attribuables à des produits manufacturés ne sont jamais indemnisés"[10]. Cette seule conclusion justifie l'abolition de la responsabilité civile comme mécanisme d'indemnisation. L'instauration d'un régime gouvernemental d'indemnisation des victimes sans égard à la faute (comme le régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail ou celui de l'assurance-maladie provinciale) constituerait une approche beaucoup plus globale.

2. Les victimes de blessures graves sont "sous-indemnisées" alors que les victimes de blessures légères sont "surindemnisées". Plusieurs études démontrent que le régime de la responsabilité extra-contractuelle tend à "surindemniser" les victimes de blessures légères alors qu'il "sous-indemnise" systématiquement les victimes de blessures graves[11]. Ceci est imputable à l'élément de hasard qui entre en jeu dans les recours en responsabilité civile.

3. Le jeu de hasard des recours en responsabilité civile. Un observateur américain a décrit les recours en matière de responsabilité du fait des produits et plus particulièrement les efforts des tribunaux pour déterminer la faute ou le défaut comme étant "un processus peu commode qui prend beaucoup de temps, coûte très cher et manque de précision d'une manière frisant le ridicule"[12]. Par ailleurs, l'influent Briefing Report publié par l'Interagency Task force on Products Liability en arrive à la conclusion que "le droit de responsabilité du fait des produits comporte des incertitudes qui en font une loterie tant pour les assureurs que pour les victimes"[13]. La notion selon laquelle la poursuite en justice constitue une "loterie" a été examinée en détail par MM. Terry Ison et Jeffrey O'Connell dans leur ouvrage respectif judicieusement intitulé The Forensic Lottery[14] et The Lawsuit Lottery[15]. O'Connell énumère comme suit les divers facteurs qui font bel et bien de la poursuite en responsabilité du fait des produits un jeu de hasard :

> Le régime de la responsabilité extra-contractuelle fonctionne un peu comme une loterie. Les critères les plus importants du dédommagement tiennent surtout du hasard : 1) la personne a-t-elle eu assez de chance pour être blessée par quelqu'un dont la conduite ou le produit est fautif? 2) le défendeur possède-t-il une assurance ou un patrimoine suffisant pour couvrir les dommages et les frais de l'action? 3) la personne peut-elle prouver

qu'elle a eu une conduite exempte de faute? et 4) la personne a-t-elle réussi à engager un avocat qui sait exploiter toutes les variables devant un jury facilement impressionnable, allant jusqu'à décrire d'une manière vivante les douleurs subies par la victime? On ne doit pas s'étonner du fait que 55 p. 100 des accidentés de la route ne reçoivent aucune indemnisation du régime de responsabilité civile.

4. L'évaluation judiciaire des dommages est par définition arbitraire, inéquitable et inapplicable. L'aspect loterie de la poursuite en responsabilité du fait des produits est surtout évidente lorsque la cour tente de calculer le préjudice du demandeur. D'ailleurs, la nature arbitraire de ce processus a été amplement dénoncée. Le manque de rigueur et la nature intuitive du calcul des dommages sont particulièrement évidents lorsqu'il s'agit de préjudice non économique ou moral comme la douleur et la souffrance. Comment un tribunal peut-il évaluer la valeur monétaire de la douleur et de la souffrance? Combien "vaut" un traumatisme psychique? Dix dollars? Dix milles dollars? Comment en évaluer la gravité? Peut-on seulement l'évaluer? Selon Jeffrey O'Connell, la tentative des tribunaux "d'évaluer" la douleur et la souffrance qui constituent un dommage difficile à mesurer et à définir, est ridicule et consiste tout simplement en "un exercice de devinette arbitraire et cynique"[17]. Dans son étude portant sur les indemnités pour douleur et souffrance accordées par les tribunaux, Patrick Atiyah conclut que "les montants accordés pourraient être multipliés ou divisés par deux du jour au lendemain et ils seraient tout autant justifiés ou injustifiés qu'ils le sont à l'heure actuelle"[18].

Chose étonnante, l'évaluation arbitraire de l'indemnité touche également le calcul du préjudice économique subi par le demandeur, notamment les frais médicaux, la perte de revenu et les frais liés à des soins ultérieurs. En l'occurrence, la preuve empirique est de nouveau convaincante : en pratique, les tribunaux sont tout simplement incapables d'en arriver à un montant équitable qui représente réellement la valeur du préjudice subi par le demandeur. La victime réclame souvent une indemnité pour compenser la perte de revenu éventuelle et les frais liés aux soins ultérieurs. Le tribunal doit donc essayer de prévoir quels seront, à long terme, les taux d'intérêt et l'inflation, et ensuite déterminer le montant d'indemnité "approprié". Dans la pratique, comme le fait remarquer le juge Dickson dans une cause récente qui a été portée devant la Cour suprême du Canada, un juge ne peut rien faire d'autre que regarder dans sa "boule de cristal" pour évaluer les dommages appropriés[19].

Cette difficulté découle évidemment en grande partie du mode d'indemnisation unique et final que constitue le montant forfaitaire en common law. Cette indemnité forfaitaire est invariablement des plus arbitraire et est vraiment déterminée à l'aveuglette. Selon John Fleming, les défauts de ce mode d'indemnisation unique et final sont "lamentables au point de dépasser l'entendement"[20]. L'absurdité du montant forfaitaire accordé à titre de dommages a aussi été étudiée en fonction de son incidence négative sur la réadaptation de la victime :

> Ces problèmes s'aggravent encore en raison de l'attribution d'un montant forfaitaire à titre d'indemnité, usage dicté par la common law. Autrement dit, l'indemnisation ne se fait pas au fur et à mesure que les dommages s'accumulent; aucun montant n'est versé avant la toute fin des procédures. Ainsi, on comprendra que les compagnies d'assurance tireront parti du délai de plusieurs mois et même des années qui s'écoulent avant le procès pour inciter le demandeur et son avocat à accepter un montant de beaucoup inférieur à ce qu'un jury pourrait accorder, simplement pour régler l'affaire et donner au demandeur l'argent liquide dont il a grandement besoin pour couvrir ses pertes de revenu et payer les frais médicaux pour lesquels il ne reçoit aucune indemnisation. La méthode du montant forfaitaire tranche avec plusieurs autres formes d'assurance, notamment l'assurance-maladie dont les prestations sont versées périodiquement à mesure qu'il faut payer les factures. De plus, le principe de l'indemnité forfaitaire en common law signifie que, dans les cas de dommages corporels graves dont les séquelles peuvent se manifester bien après la date du règlement ou du jugement, il faut nécessairement pouvoir prévoir l'étendue des dommages futurs. Une telle situation donne lieu à une autre controverse âpre et stérile entre le demandeur et le défendeur : le médecin du demandeur exagère démesurément les séquelles de la blessure alors que le médecin de la compagnie d'assurance les minimise. Pris entre les deux, le jury, "douze personnes d'ignorance moyenne" comme les appelait un certain humoriste, cherche à déterminer quel médecin exagère le moins. (Dans certains cas d'amputation, on a parfois l'impression que le médecin du demandeur est sur le point d'affirmer que l'amputation va s'aggraver tandis que le médecin de la compagnie d'assurance semble croire que le membre va repousser.) Il ne faut jamais oublier qu'une fois les dommages fixés à la suite du règlement d'un jugement, il est impossible d'en changer le montant, même s'il appert, à la lumière de l'état ultérieur de la victime, que le montant est d'une insuffisance pitoyable ou encore exagérément élevé.

Le régime qui en résulte, même lorsqu'il est appliqué par des experts en la matière, finit souvent par porter préjudice à la victime au lieu de lui porter secours. Les autorités médicales ont toujours reconnu qu'en cas de traumatisme, la rapidité des soins est essentielle à une bonne guérison. La victime doit être amenée à oublier l'accident, surtout dans les cas où elle doit faire de la rééducation. Selon un membre du Comité sur les traumatismes du Collège américain des médecins (American College of Surgeons' Committee on Trauma), "la rééducation fonctionnelle devrait commencer le jour même de l'accident et se poursuivre tant qu'il y a un espoir de progrès". Il y a des avocats spécialisés dans les dommages corporels qui, avec habilité et compétence, favorisent un point de vue tout à fait contraire.

De nombreux médecins sont scandalisés à juste titre par un système qui, contrairement au bon sens médical, presse les victimes d'accidents de se rappeler, d'entretenir, de caresser et même d'immortaliser le moindre bobo ou la moindre douleur qui a résulté d'un accident. Toujours selon le même membre du Comité sur les traumatismes, "plusieurs cas d'incapacité partielle temporaire ont évolué en incapacité partielle permanente ou même totale permanente du fait que tout l'accent avait été mis sur l'aspect juridique du problème au détriment de l'aspect médical". Voici ce que déclarait John Nemiah dans la revue de l'American Trial Lawyers' Association :

> Tous les intéressés devraient se rendre compte du fait que la nature contradictoire du procès pour dommages corporels contribue à accentuer chez la victime les doléances, le sentiment d'être en droit d'obtenir réparation et l'esprit de vengeance - ce qui aiguise son agressivité alors que toute son attention devrait être consacrée à sa rééducation et, éventuellement, à retrouver son autonomie.
>
> Il faut bien reconnaître que les délais qui sont souvent nécessaires dans les causes d'accidents contribuent à enfermer le patient pendant des mois, voire des années, dans une existence qui n'est qu'indécision, désoeuvrement et qui le rend dépendant. Pendant cette période, il est souvent inutile de commencer la rééducation et, en réalité, le patient reste invalide tant que ses problèmes juridiques ne sont pas réglés.

Mais, comme nous l'avons déjà mentionné, une fois que les problèmes juridiques sont réglés, il est parfois trop tard pour commencer la rééducation. Il est vraiment tragique que le droit oblige les victimes d'accidents à faire,

> selon l'expression d'Alfred Conard, professeur de droit à l'université du Michigan, un choix schizophrénique entre la "réparation" au sens médical et la "réparation" au sens juridique.
>
> Ainsi, les quelques victimes d'accidents qui réussissent à se sortir du labyrinthe de l'action responsabilité civile, avec toutes ses vicissitudes émotives et procédurales, sont souvent les perdantes même lorsqu'elles ont gain de cause. Si elles remportent la bataille juridique, elles perdent cependant la guerre qu'elles auraient dû livrer en vue de retrouver, dans toute la mesure du possible, leur activité physique et mentale au maximum. Non seulement sont-elles aux prises avec les blessures et les souffrances que l'indemnisation devait soulager, mais il y même un risque d'aggravation de leur état du fait que toute l'attention a porté sur l'aspect juridique du problème plutôt que sur l'aspect médical[21].

Dans un ouvrage précédent, O'Connell a décrit la règle du calcul de l'indemnité pour blessure comme "un cauchemar d'inefficacité et d'iniquité"[22]. Dans l'arrêt Andrews c. Grand & Toy Ltd.[23], le juge Dickson de la Cour suprême du Canada, dénonce la valeur grandement illusoire des méthodes actuarielles modernes et préconise une réforme législative en profondeur des recours en responsabilité civile dans le cas de dommages corporels.

> La question des dommages-intérêts pour préjudice corporel a grand besoin d'une réforme législative. Trop de temps et d'argent sont dépensés à la détermination de la faute et à l'estimation des dommages-intérêts. Il est troublant de constater que les victimes ne pouvant établir la faute restent sans indemnisation. En outre, lorsqu'une indemnité est versée, il est illogique d'être astreint à un régime de paiements forfaitaires et définitifs[...]. Il doit être possible de mettre sur pied un système de révision périodique des paiements en fonction des besoins de la victime et des coûts y afférents[24].

Le mode d'indemnisation normal consacré dans la plupart des régimes gouvernementaux d'indemnisation de la victime sans égard à la faute prévoit évidemment des paiements périodiques indexés selon l'augmentation du coût de la vie (plutôt qu'une indemnité forfaitaire unique et finale).

5. Les délais sont considérables. Notre système d'assurance et recours en responsabilité entraînent de longs délais. Les poursuites en justice prennent beaucoup de temps, pas seulement quelques jours ou quelques mois, mais des années. Il n'est pas rare de voir le demandeur, lui-même sans le sou, attendre sept, huit ou neuf ans avant d'être finalement indemnisé. Dans les trois dernières causes de dommages corporels portées devant la Cour suprême du Canada, les délais ont de toute évidence été pénibles pour tous les intéressés. Dans Teno c. Arnold[25], les parents d'une fillette de quatre ans et demi gravement handicapée ont dû attendre neuf ans avant de recevoir finalement une compensation; dans Andrews c. Grand & Toy Ltd.[26], l'affaire a duré six ans, et dans Thornton c. Board of School Trustees[27], l'action a traîné pendant sept ans. En Nouvelle-Zélande, le délai moyen entre la présentation de la demande d'indemnisation et la première prestation est de 12 jours[28]! Les données sur la récente expérience américaine portant sur le régime d'assurance-automobile modifié (complémentaire) sans égard à la faute témoignent également de la rapidité accrue du paiement. Une étude menée par M. Alan Widiss dans les États où il existe un régime sans égard à la faute démontre que le délai entre le dépôt d'une demande d'indemnisation auprès d'une compagnie d'assurance et le moment où la victime de l'accident touche le premier versement à titre de remboursement des soins médicaux varie entre quatre et sept jours dans plus de 50 p. 100 des cas; dans 90 p. 100 des cas, la victime touche le premier paiement dans le mois qui suit la demande alors que dans 97,9 p. 100 des cas, elle le touche en dedans de six mois[29]. Divers rapports soumis au département américain des transports par les services d'assurance du Colorado, du Connecticut, du Michigan et du New Jersey contiennent des statistiques semblables et l'Insurance Bureau du Michigan indique que "pour les accidents d'automobiles, la plupart des réclamations sont réglées dans les 30 jours"[30]. En vertu du régime qui prévoit l'imputabilité de la faute (recours en responsabilité et assurance responsabilité civile), seulement 57,6 p. 100 de toutes les réclamations ont été réglées et payées dans les six mois suivant leur dépôt. Quant aux autres, elles ont traîné en longueur et ont pris des années à se régler[31].

6. Les coûts de fonctionnement du régime de responsabilité extra-contractuelle sont énormes. L'une des principales lacunes du régime réside dans le rapport coût-efficacité. Toutes les études démontrent que "le coût d'administration du régime est environ deux fois plus élevé que le montant des indemnités versées"[32]. Pour chaque dollar versé en prime d'assurance, moins de 50 p. 100 va à l'indemnisation alors que le reste est absorbé par les frais d'administration[33]. Un régime d'assurance sociale sans égard à la faute peut par contre ne coûter que 12 cents par dollar de prime. L'instauration d'un système d'indemnisation sans égard à la faute et l'élimination des recours en justice qui prennent tant de temps et coûtent si cher, permettraient de reverser en prestation 80 à 90 p. 100 des primes payées[34]. Personne n'a été surpris lorsque la Commission de la réforme du droit de l'Ontario en est venue en 1973 à la

conclusion que "le coût du régime de la responsabilité civile ne justifie en rien que l'on continue à y avoir recours pour obtenir réparation des dommages corporels résultant des accidents d'automobiles"[35]. Cinq ans plus tard, l'Ontario Select Committee on Company Law faisait également remarquer, en recommandant l'adoption d'un régime d'assurance-automobile sans égard à la faute, que " les régimes de responsabilité sans faute, en minimisant la recherche de la faute permettent de réduire les frais d'expertise et de règlement de sorte qu'une plus grande proportion des primes perçues revient au public sous la forme d'indemnités"[36].

Les études effectuées aux États-Unis ont confirmé que dans l'ensemble, la formule de la responsabilité civile est peu rentable même lorsque la règle de la responsabilité stricte prévaut. Les données soumises à l'Interagency Task Force on Products Liability ont révélé que pour chaque dollar versé en prestations, près de 75 cents étaient affectés aux frais de l'action[37]. Les études menées dans les états ayant adopté l'assurance-automobile sans égard à la faute sont également significatives. Une étude empirique sur la rentabilité du régime en Floride indique qu'après l'adoption de la loi sur l'assurance sans égard à la faute, les prestations versées ont augmenté de 51 p. 100, et le ratio prestations-prime, de 56 p. 100[38]. La conclusion de l'étude est la suivante : "il faut admettre l'hypothèse que le régime sans égard à la faute est plus rentable"[39].

Par ailleurs, le système des recours en responsabilité civile n'est pas rentable, il est même extrêmement onéreux. Des sommes plus considérables sont versées aux avocats et aux ajusteurs d'assurance qu'aux victimes. Du point de vue social et des ressources humaines, le gaspillage est effarant.

> Si on essayait de concevoir un système qui gaspillerait et dilapiderait nos précieuses ressources dans les secteurs de la santé et des assurances, on pourrait difficilement faire mieux que le système actuel[40].

7. Même les "gagnants" perdent. On prétend qu'en vertu d'un régime d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute, ceux qui pourraient gagner le procès risquent d'être "sous-indemnisés" et que les victimes ayant droit à une pleine indemnisation seraient mieux servies en ayant recours à l'action en responsabilité civile. Nous avons déjà présenté les raisons pour lesquelles le principe de la réparation ne justifie pas les recours en responsabilité civile. Même s'il était vrai que les "gagnants" sont le plus souvent traités injustement, cela ne contrebalance pas les nombreuses lacunes du recours en responsabilité. Est-on seulement justifié de dire que les "gagnants" sont bien traités?

Dans Teno c. Arnold[41], la Cour suprême du Canada a accordé $540 000 aux parents d'une fillette gravement handicapée par suite de blessures subies quand elle fut renversée par un camion de crème glacée. Comme il est indiqué précédemment, l'affaire a traîné devant les tribunaux pendant neuf ans. La plus haute instance au Canada a finalement établi "grâce à sa boule de cristal" la valeur appropriée des dommages à $540 000. Diane Teno et ses parents ont "gagné" leur cause. Mais en sont-ils sortis gagnants? Après avoir étudié cette affaire ainsi que deux autres semblables, MM. Feldthusen et McNair en arrivent à une réponse troublante :

> La force du régime de la responsabilité civile réside probablement dans la façon dont il avantage le "vainqueur". Certaines personnes, non seulement obtiennent gain de cause, mais se voient encore accorder une indemnité forfaitaire qui, par un coup de chance, s'avère suffisante pour satisfaire tous leurs besoins leur vie durant. Mais on peut se demander si Mme Téno, dans le meilleur intérêt de sa fille, n'aurait pas logiquement préféré recevoir en 1969, sans procès, des indemnités à échéances plus ou moins fixes pour couvrir le coût des soins et assurer un revenu de base décent durant cette période de près de neuf ans d'incertitude et pendant laquelle les frais se sont accumulés. N'y a-t-il pas beaucoup de demandeurs, parmi ceux qui ont obtenu gain de cause, qui auraient troquer la "justice" et la "satisfaction" du régime extra-contractuel, et ses indemnités injustifiées, contre un régime tel que celui de la Nouvelle-Zélande, avec ses indemnisations relativement peu coûteuses, rapides et garanties? Et si tel est le cas du "gagnant" de dommages parmi les plus importants jamais accordés au Canada, que dire des "perdants" - les demandeurs déboutés, les victimes d'accidents où aucune responsabilité ne peut être établie et les auteurs mêmes des délits[42].

Le récent ouvrage de Jeffrey O'Connell intitulé The Lawsuit Lottery traitant du recours en responsabilité porte un sous-titre des plus appropriés : "Only the Lawyers Win" (seuls les avocats sont gagnants)[43].

LE PRINCIPE DE LA RÉPARATION : UN CONCENSUS SE DÉGAGE

Dans une étude publiée en 1975, voici comment Jeffrey O'Connell présente notre système actuel d'assurance basé sur la responsabilité civile :

> Il ne vise pas à indemniser les victimes d'accidents sur les fonds du régime d'assurance, mais plutôt à contester le droit des victimes d'accidents à une indemnisation sur les fonds du régime d'assurance; il s'agit d'un système tellement compliqué et plein de pièges que la victime type

> ne peut connaître, même après avoir consulté un avocat, ce qu'elle recevra, à quelle date et même si elle recevra quelque chose. Le système entraîne un gaspillage énorme des primes versées, les avocats et les compagnies d'assurance s'enrichissant démesurément aux dépens des victimes qui ne touchent que les miettes. Il s'agit d'un système où l'on abuse des moyens dilatoires et quand un règlement intervient enfin, il lèse la plupart des demandeurs, tout en étant relativement généreux, dans certains cas, car le résultat dépend davantage du hasard et des sentiments que des besoins et de la raison[44].

Nous avons dit précédemment que cette question était réglée : si la réparation constitue la seule raison d'être de ce système incertain, inaccessible, inéquitable et onéreux des actions en responsabilité civile, cela ne justifie pas de continuer à avoir recours à la responsabilité extra-contractuelle (même en supposant l'adoption de la règle de responsabilité stricte). Presque tous les auteurs sont unanimes sur ce point. Personne ne tente de justifier la responsabilité civile en s'appuyant sur le principe de la réparation, et avec raison. Il faut par conséquent chercher ailleurs le bien-fondé de ce système.

RÉFÉRENCES

1. Waddams (1980) p. 227.

2. Ontario Law Reform Commission (1979b).

3. Id., p. 69.

4. Waddams (1980) p. 227.

5. Ontario Law Reform Commission (1973) p. 13.

6. Osgoode Hall (1965). Traité dans Wright et Linden (1980) p. 15-3.

7. Ontario Law Reform Commission (1973).

8. U.S. Dept. of Transportation (1977).

9. Voir notamment Ison (1967); Atiyah (1975a) et O'Connell (1979). Voir aussi la documentation importante citée dans Wright et Linden (1980) pp. 15-3 et 15-4.

10. National Commission on Product Safety (1970) p. 74.

11. Voir Ontario Law Reform Commission (1973) et le U.S. Dept. of Transportation (1971) p. 36 et les études qui y sont mentionnées.

12. Freeedman (1972) p. 123.

13. IATF (1977b) p. iii.

14. Ison (1967).

15. O'Connell (1979).

16. Id., p. 8.

17. O'Connell (1975b) p. 51.

18. Atiyah (1975a) p. 187.

19. Andrews et al. c. Grand & Toy Alberta Ltd. et al. (1978), 19 N.R. 50 , p. 71, juge Dickson (C.S.C.).

20. Fleming (1969) p. 302.

21. O'Connell (1979) pp. 19-22.

22. O'Connell (1975b) p. 51.

23. Andrews et al. c. Grand & Toy Alberta Ltd. et al. (1978), 19 N.R. 50, p. 71.

24. Id., pp. 56 et 57.

25. (1978) 19 N.R. 1 (C.S.C.).

26. Andrews et al. c. Grand & Toy Alberta Ltd. et al. (1978), 19 N.R. 50, p. 71.

27. (1978) 19 N.R. 552 (C.S.C.).

28. Holyak (1979).

29. Widiss (1977) p. 211 et tableau 30.

30. Id., p. 36. Voir aussi O'Connell (1979) pp. 170-171.

31. U.S. Dept. of Transportation (1977) p. 32, tableau III-7.

32. Ison (1967) p. 27.

33. Atiyah (1975a) p. 456 et Ison (1967) p. 27.

34. Id. Voir aussi Fleming (1979) p. 250 et la description des systèmes d'assurance sans égard à la faute administrés par l'État, au chapitre III de la présente étude.

35. Ontario Law Reform Commission (1973) p. 15.

36. Ontario Select Committee on Company Law (1978) p. 63.

37. O'Connell (1977a) p. 751.

38. Little (1975).

39. Id. Voir aussi U.S. Dept. of Transportation (1977) et O'Connell (1979) pp. 157-175 pour une liste détaillée d'études parvenant à la même conclusion.

40. O'Connell (1975b) p. 51.

41. 1978, 19 N.R. 1 (C.S.C.).

42. Feldthusen et McNair (1979) p. 428.

43. O'Connell (1979).

44. O'Connell (1975b) p. 54.

Chapitre VI

RESPONSABILITÉ CIVILE ET PRÉVENTION DES ACCIDENTS

La principale justification pour laquelle nous continuons d'utiliser les règles de la responsabilité civile pour l'indemnisation des préjudices corporels non imputables au travail est l'aspect préventif de ce système. Ceux qui préconisent le maintien de l'action en responsabilité civile dans ce domaine concèdent facilement que ce système comporte de nombreuses lacunes en tant que mécanisme de réparation, mais soutiennent que celles-ci (bien qu'inéquitables et onéreuses) sont compensées par les avantages de la responsabilité civile comme moyen de dissuasion. À ce sujet, il a été déclaré :

> La réparation ne constitue pas le seul objet du droit de la responsabilité civile. Il en a un autre, à savoir régler la conduite des hommes. Les auteurs qui favorisent le régime d'indemnisation sans égard à la faute ont pris l'habitude de se moquer de cet aspect de la responsabilité civile, mais son importance saute aux yeux de tout avocat qui reçoit un client dans son bureau. L'imputation de la responsabilité par les tribunaux est un facteur de dissuasion; les victimes veulent une décision sur la faute. Peu importe que la victime soit indemnisée par un assureur, le fait de décider que la négligence est à l'origine du dommage a un effet dissuasif. La responsabilité civile récompense la diligence et prévient la négligence[1].

Des experts canadiens en matière de responsabilité civile soutiennent la même chose :

> Si le seul objet du droit de la responsabilité civile était la réparation du dommage causé à la victime, on pourrait sans doute choisir de laisser tomber la réparation des dommages d'ordre psychologique en contrepartie d'un régime d'indemnisation universel administré à peu de frais. Mais[...] la responsabilité civile est censée être un facteur de dissuasion[2].

En outre, dans une récente étude sur l'application d'un système sans égard à la faute aux États-Unis commandée par l'American Bar Association, les auteurs ne cessent de redire que le droit de la responsabilité civile tel qu'il est appliqué aujourd'hui n'est pas destiné à être un régime d'assurance. Selon eux, le bien-fondé de la responsabilité civile réside dans le fait qu'elle permet de prévenir les comportements fautifs.

> Une fois admis que la responsabilité contribue à réduire le taux des accidents, il faut se demander si ce régime est vraiment aussi onéreux qu'on le prétend. Son coût[...] peut fort bien être raisonnable si la responsabilité civile permet de réduire le taux des accidents et donc le total des dommages qui résulte des accidents[...]. Le principal avantage de la responsabilité civile[...] c'est la diminution du taux des accidents en raison du respect de la norme de conduite établie par le régime de responsabilité basé sur la faute[3].

Au cours des 20 dernières années, la question a fait couler beaucoup d'encre. De fait, un grand nombre d'auteurs se sont penchés sur les ramifications théoriques et pratiques de l'argument de la prévention, plus particulièrement dans le contexte des blessures accidentelles. (Voir la bibliographie à la fin de ce rapport.) Nous nous limiterons à exposer les caractéristiques essentielles de l'argument de la dissuasion; nous en examinerons ensuite les limites théoriques et nous ferons enfin un examen détaillé de l'application pratique de la théorie de la dissuasion. Des recherches empiriques considérables ont été effectuées. De ce fait, nous pouvons porter un jugement sur la valeur théorique du principe de la dissuasion.

LA THÉORIE DE LA DISSUASION

Il est impossible d'éliminer ou d'empêcher tous les accidents. Nous vivons tous en sachant que nous risquons tous les jours de nous blesser. Que ce soit en conduisant pour nous rendre au travail, en réparant des appareils domestiques ou en utilisant divers biens et services, le risque d'accidents n'est jamais bien loin. Nous nous adonnons de plein gré à une foule d'activités en sachant très bien que certains se blessent, deviennent handicapés et même se tuent. Parce qu'une société sans accidents n'est ni possible, ni souhaitable, nous acceptons les risques personnels que comporte la vie moderne. Tout ce que nous demandons c'est que le taux d'accidents soit raisonnable et que les produits dangereux soient adéquatement contrôlés ou limités.

Mais, qu'est-ce qu'un taux d'accidents "raisonnable" ou "tolérable" et comment peut-on le déterminer? La réponse nous est donnée par le marché dans les limites imposées par la common law et les règles de la responsabilité. À titre de consommateurs, nous "choisissons" le niveau de sécurité que nous préférons en nous fondant sur les prix du marché. Lorsqu'un produit s'avère défectueux ou ne répond pas à des normes raisonnables de fabrication, le tribunal se charge de veiller à ce que la responsabilité, le cas échéant, soit imputée au défendeur responsable. Ainsi l'intégrité du coût social du produit dangereux est pris en considération dans le calcul du coût du vendeur et finalement se reflète dans le prix de vente. La responsabilité sera imputée si le coût des dommages réels, peu importe qu'ils soient payés ou non, est

supérieur au coût de la prévention de l'accident. D'après Richard Posner, cela entraînera un taux d'accident et un niveau de sécurité acceptables dans notre société. Les procédés de fabrication douteux sont découragés par l'imputation de la responsabilité. L'action en responsabilité devient donc un mécanisme de contrôle de la qualité mis en oeuvre par la victime et appliqué par les tribunaux.

L'ouvrage de Guido Calabresi intitulé The Cost of Accident[5] constitue l'un des apports les plus importants en ce qui a trait à l'étude de la dissuasion dans le droit des accidents. Cette analyse, publiée en 1970, détermine que les deux principaux objectifs poursuivis en matière de droit des accidents sont les suivants : 1) la justice et l'équité, et 2) la réduction du coût des accidents. La poursuite de ce second objectif requiert notamment l'élaboration d'une technique de dissuasion qui contribue à l'intégration de la totalité du coût social de tous les accidents. Cette technique permettrait de réduire l'ensemble des coûts des accidents de deux façons :

> Première conséquence et la plus évidente, cela incite à pratiquer des activités moins dangereuses. Certaines personnes qui exerceraient une activité relativement dangereuse sans tenir compte des risques d'accidents opteront pour une activité plus sûre si les risques d'accidents se répercutent sur les prix. L'importance du changement à l'autre activité dépendra de la différence relative des coûts après la prise en considération des risques d'accidents ainsi que la satisfaction que peut procurer l'activité de remplacement jugée moins dangereuse. Quel qu'il soit, le changement contribuera cependant à réduire les coûts des accidents du fait qu'une activité plus sûre a été substituée, jusqu'à un certain degré, à une activité dangereuse.
>
> La deuxième façon, peut-être la plus importante, pour réduire le coût des accidents, est que la responsabilité civile incite à rendre nos activités moins dangereuses. Cette deuxième façon ne diffère pas de la première si l'on considère comme des activités distinctes les diverses manières d'exercer une activité donnée, mais comme il s'agit là du sens que l'on donne couramment au mot "activité", il peut être utile de démontrer comment la dissuasion peut entraîner une diminution des risques que présente une activité donnée. Ainsi, Pierre conduit une voiture. Avec sa voiture, il cause en moyenne $200 de dommages par année. Si sa voiture était munie d'un autre type de frein, ce montant pourrait être réduit de $100. Le coût de ce type de frein reviendrait à $50 par année. Si la réparation des dommages causés par Pierre est assumée soit par l'État soit par les victimes, aucune raison financière n'incite Pierre à faire installer des freins neufs. Mais si Pierre est responsable des dommages qu'il cause, il

> n'hésitera pas à munir sa voiture de freins neufs. Il assumera donc une nouvelle dépense de $50 par année, néanmoins inférieure au montant de $100 qu'il aurait à débourser pour les dommages qu'il causerait chaque année. En fin de compte, le coût des accidents pour la société est réduit de $50[6].

L'ouvrage de Calabresi a incité de nombreuses commissions de réforme du droit à préconiser l'adoption de la règle de responsabilité stricte du fournisseur. La responsabilité stricte est un moyen de dissuasion plus efficace que la règle de la négligence comme le reconnaît notamment la Commission de la réforme du droit de l'Ontario dans son rapport intitulé Report on Products Liability :

> En "intégrant" le coût des accidents, la règle de la responsabilité stricte incite le fabricant à mettre au point, pour des raisons de coûts, des méthodes pour réduire les défauts de ses produits. À compter du moment où il devient moins coûteux de mettre au point des moyens de réduire les défauts que de supporter le coût des accidents, le fabricant est grandement incité à développer ces moyens. Sous le régime de la responsabilité fondée sur la négligence, tout fabricant qui se conforme aux usages généralement établis dans le secteur industriel en cause pourrait, si la mise au point de produits plus sûrs n'est pas perçue comme une précaution raisonnablement nécessaire, continuer à fabriquer les mêmes produits sans assumer la moindre responsabilité.
>
> Ces considérations nous ont persuadé que, du point de vue économique, la règle de la responsabilité stricte en matière de dommages résultant de produits défectueux était préférable au principe de la responsabilité basée sur la faute (négligence), tant en ce qui a trait à la réparation des dommages qu'à l'effet de dissuasion[7].

PROBLÈMES SOULEVÉS PAR CETTE THÉORIE

La théorie de la dissuasion est assez facile à comprendre. Les jugements rendus contre les manufacturiers en matière de responsabilité augmentent leurs dépenses, ce qui les incitent à concevoir et à fabriquer des produits plus sûrs. La théorie selon laquelle les règles de responsabilité peuvent en effet prévenir les comportements fautifs ou permettre de contrôler la qualité et la sécurité des produits utilisés ou consommés aujourd'hui s'appuie sur un grand nombre de suppositions très restrictives sur la société actuelle et son fonctionnement.

L'hypothèse de base, laquelle remet sérieusement en question le bien-fondé de la théorie selon laquelle la responsabilité civile a une fonction de dissuasion, veut que le système d'adjudication de la common law soit efficace[8]. Cette hypothèse fondamentale selon laquelle nos tribunaux sont efficaces dans leur façon de déterminer la responsabilité est cruciale. Le principe de la dissuasion doit être appliqué avec énormément de précision et de bon sens pour réussir dans la pratique à être un concept valable. Il faut donc, à tout le moins, que le demandeur réagisse bien, qu'il soit subtil et très bien informé et qu'il soit motivé à poursuivre en justice; que l'appareil judiciaire soit bien informé et versé en calcul différentiel; que la procédure judiciaire exclue les règlements inférieurs au coût social et fasse en sorte que la responsabilité soit immédiatement imputée au fournisseur approprié; que les fournisseurs absorbent réellement le coût total de la responsabilité et que ceci se réflète par la suite sur la fixation du prix des produits; il faut enfin un système d'assurance suffisamment raffiné qui soit technologiquement en mesure de faire renaître l'effet dissuasif d'un jugement de responsabilité relatif à un produit assuré, et ce, au moyen d'un processus de tarification savamment étudié et conçu en fonction de chaque fournisseur.

En somme, pour être moindrement applicable, le principe de la dissuasion exige un haut niveau de connaissance du produit, de l'initiative de la part de la victime, la compétence des tribunaux, la collaboration du fournisseur et une grande précision de la part des assureurs. Même la belle théorie de Calabresi repose sur l'hypothèse colossale selon laquelle il est possible de déterminer de façon sûre la cause ou le responsable de l'accident. Selon Calabresi, "s'il nous est possible de déterminer le coût des accidents et de l'imputer aux activités qui en sont la cause, le coût des accidents sera compris dans le prix de ces activités"[9]. Mais dans quelle mesure est-il possible de déterminer la cause ou l'auteur réel de l'accident? Le problème de l'imputation - quel est le coût de quoi? - est de taille, c'est le moins que l'on puisse dire.

> Comment peut-on imputer le coût à "l'activité" responsable quand cette activité ne peut être définie clairement? Le coût d'un accident de la circulation peut être attribué à diverses activités : la conduite automobile, la fabrication de pneus, le cyclisme, la marche ou posséder un bureau en ville et être obligé de s'y rendre en voiture[10].

L'imputabilité de la faute qui a entraîné l'accident, la poursuite entamée par la victime, la détermination de la responsabilité par les tribunaux et l'absorption du coût social par le fournisseur sont les quatre éléments inhérents à la théorie de la fonction de dissuasion de la responsabilité civile. Toutefois, le mécanisme de base se situe au niveau du marché : un marché bien informé où s'exerce une concurrence saine et dans lequel un comportement marginal, qu'il s'agisse d'une

société ou d'un individu, peut être touché par la détermination et l'imposition d'une responsabilité financière. On prend pour acquis l'efficacité du marché de la même manière que l'utilité de l'analyse microéconomique.

Nous n'insinuons pas qu'il ne se dégagerait rien de valable d'une analyse économique sérieuse portant sur la détermination et l'imposition de la responsabilité. Les analyses économiques constituent souvent un apport valable en droit. En matière de dommages corporels et de responsabilité du fait des produits cependant, la tentative de réduire le problème complexe des blessures causées par les produits à un simple modèle comportant des déterminants économiques restrictifs et précis fait l'objet de sévères critiques. Nul ne nie la valeur de l'ouvrage important et innovateur de Richard Posner intitulé The Economic Analysis of Law[11] ou celle des nombreux articles que ce livre a suscités. Mais de plus en plus d'avocats, de philosophes et d'économistes remettent en question la théorie de Posner selon laquelle le but premier de la common law consiste à favoriser la rentabilité économique. L'approche économique de Posner et de ses partisans fait l'objet de nombreuses critiques sérieuses et bien étayées sous divers aspects. Certains auteurs s'attaquent aux fondements et à la valeur des hypothèses de Posner[12]; d'aucuns remettent en question sa théorie absente de normes et d'idéologies[13]; d'autres doutent de la valeur d'un modèle simple pour analyser des problèmes juridiques et sociaux contemporains fort complexes[14]. Un professeur de droit a décrit cet ouvrage comme n'étant rien d'autre que : "400 pages de préjugés"[15], et un professeur d'économie a déclaré que c'était : "un produit potentiellement défectueux"[16]. Les ouvrages critiquant son oeuvre sont nombreux, parmi les plus importants, on peut citer ceux de Baker, Cranston, Leff, Minda, Polinsky et Steiner[17].

Ces auteurs ont cerné les limites de l'approche économique de Posner et d'autres qui, comme lui, se réclament de l'école de Chicago. Même ceux qui ne sont pas particulièrement versés en droit ou en économie peuvent constater la vulnérabilité de l'approche dans laquelle l'accent est mis sur la rentabilité économique, rien d'autre n'étant important. On ne s'attache pas suffisamment ou on ne tient aucunement compte d'autres facteurs essentiels comme l'équité, la dignité humaine et la justice dans son sens large.

> Dans ces ouvrages américains, on tient tout simplement pour acquis qu'il n'existe qu'une seule approche valable au problème de la sécurité et de la prévention des accidents, c'est-à-dire celle du marché[...] mais l'approche économique n'est pas la seule valable. La société est en mesure de déterminer collectivement le niveau des risques qu'elle considère comme normal en matière de circulation automobile, dans l'industrie et dans d'autres domaines, ainsi que les sommes qu'il convient d'affecter à la prévention des accidents[18].

Des notions comme la justice et l'équité n'ont évidemment pas leur place dans un modèle économique théorique qui limite par définition la responsabilité du fait des produits à une question d'incitation, de dissuasion et de règles de responsabilité, et qui se restreint à un seul critère, celui de la rentabilité économique. Nous avons déjà parlé d'hypothèses colossales. L'une des plus ambitieuses et peut-être celle qui refait toujours surface dans les théories de la dissuasion en matière de responsabilité extra-contractuelle, est celle selon laquelle le fait de choisir a priori le critère de la rentabilité économique est, en quelque sorte, "correct" et logiquement obligatoire. Comme l'a fait remarquer le professeur McKean lors d'un symposium sur la responsabilité du fait des produits tenu à l'université de Chicago il y a près de dix ans :

> Rien ne prouve que tous les membres d'un groupe donné sont logiquement obligés de privilégier un critère particulier... Il n'y a pas de critères "acceptables" qui nous permettent d'établir un équilibre entre l'équité et la rentabilité économique, et il est permis de douter que de tels critères, s'ils existaient, fassent jamais l'unanimité... De plus, il n'existe aucun critère idéal qui permet une répartition optimale des ressources[19].

Donc, même si la théorie de la dissuasion en matière de responsabilité civile et le modèle économique utilisé peuvent s'avérer pertinents, voire plausibles, d'autres critères pourraient encore s'ajouter à celui de la rentabilité économique dans le débat qui entoure la responsabilité du fait des produits et la réforme des programmes d'indemnisation des victimes d'accidents. Par conséquent, le point sur lequel nous voulons insister est que le premier problème qui se pose, celui de la pertinence et même de la plausibilité, n'a pas encore été réglé par les partisans de la théorie de la dissuasion du marché.

LA DISSUASION DANS LES FAITS

Même sans tenir compte des divers problèmes théoriques exposés ci-dessus, la valeur du principe de la dissuasion en matière de responsabilité extra-contractuelle devient très douteuse lorsqu'on passe des modèles à la réalité. En ce qui concerne les actions en responsabilité du fait des produits, la réalité diffère énormément de la théorie, et ce, sous divers aspects. Le système de la common law en matière de responsabilité civile est loin d'être efficace. Plusieurs études empiriques ont permis d'expliquer les raisons pour lesquelles la responsabilité civile ne peut constituer un moyen de dissuasion. Nous allons examiner une première liste de facteurs expliquant pourquoi le recours en responsabilité civile ne peut être un moyen de dissuasion auprès de la compagnie contre laquelle est dirigé le recours; puis nous analyserons une seconde série de facteurs en ce qui a trait cette fois au défendeur individuel.

Pourquoi le recours en responsabilité civile ne peut être un moyen de dissuasion auprès de la compagnie poursuivie en justice

1. Les victimes n'intentent pas de poursuites

En vertu de la théorie de la dissuasion, il faut d'abord et avant tout que l'auteur du préjudice soit identifié et tenu responsable afin que l'intégrité du coût social d'un accident soit imputée au défendeur impliqué. Et cela demande beaucoup d'initiative de la part de la victime. Les règles de responsabilité ne peuvent s'appliquer si les victimes ne poursuivent pas. Cependant, pour ce qui est des dommages causés par un produit, nous devons faire face à la réalité. Seuls quelques individus intenteront une poursuite contre la compagnie responsable. Dans une analyse des résultats de l'étude commandée par Consommation et Corporations Canada sur la satisfaction des consommateurs[20], l'auteur a constaté que seulement 3 p. 100 des victimes d'accidents causés par un produit choisissent de poursuivre le fournisseur[21]. Les données recueillies au Royaume-Uni font état des mêmes résultats. Les consommateurs sont d'avis que la faute doit être imputée à un tiers dans 18 p. 100 des cas de blessures, seulement 0,75 p. 100 songe à présenter une demande d'indemnisation et seulement 0,2 p. 100 consulte un avocat[22]. Les données NEISS de la Consumer Product Safety Commission, aux États-Unis, pour 1973 à 1975 indiquent que sur les 6,7 millions de consommateurs victimes de blessures causées par un produit, seulement 210 000 (moins de 3 p. 100) ont intenté une poursuite[23]. Jeffrey O'Connell signale qu'une autre étude américaine indique que seulement 4 p. 100 des victimes d'accidents causés par un produit font appel à un avocat et que moins de 1 p. 100 des victimes le font avec l'intention de poursuivre le fabricant[24]. Comme le déclare O'Connell :

> Il n'est pas étonnant que certains fabricants ne prennent même pas la peine de répondre aux demandes d'indemnisation pour des dommages corporels; ils savent que plus des deux tiers des victimes n'intenteront jamais de poursuites[25].

Que ce soit parce que les victimes ignorent la loi, à cause du coût et de la complexité des recours, parce que le règlement est inférieur au coût social ou en raison de l'existence d'une formule d'indemnisation sans égard à la faute, en pratique, très peu de victimes intentent une poursuite. En conséquence, la grande majorité des auteurs de préjudices ne sont pas impliqués. Les possibilités que le recours en responsabilité civile servent de moyen de dissuasion sont donc considérablement minées, sinon anéanties.

2. Les tribunaux préfèrent indemniser plutôt que dissuader

Le principe de la dissuasion exige que l'appareil judiciaire soit parfaitement informé et axé sur l'économie, et qu'il s'intéresse et comprenne l'aspect de la dissuasion dans la responsabilité civile. Au cours des 20 dernières années, le premier objectif des tribunaux dans

les actions en responsabilité du fait des produits est devenu l'indemnisation de la victime. Cette orientation du droit de la responsabilité, tant aux États-Unis qu'au Canada, (de facto plutôt que de jure au Canada), a été décrite en détail au chapitre IV. Aujourd'hui, l'accent est vraiment mis sur l'indemnisation de la victime. Comme le déclare Terry Ison "En fait, les tribunaux sont particulièrement enclins à imputer la responsabilité au défendeur dans les cas où ils jugent que celui-ci est en mesure de payer ou qu'il est assuré. En pratique, le recours en responsabilité est loin de rejoindre l'idéal qui serait de faire payer celui qui cause du tort"[26]. Le principe de la dissuasion existe donc vraiment[27].

3. Les actions en responsabilité et le calcul judiciaire du dommage demeurent un jeu de hasard

Le principe de la dissuasion exige une évaluation complète et exacte de la responsabilité afin d'être efficace, ce qui signifie que les juges doivent calculer le dommage avec une assez grande précision. Cependant, ce que nous savons de la procédure et du calcul du dommage confirme qu'il est impossible d'atteindre la précision. Même avec la règle de la responsabilité stricte, le tribunal devra toujours déterminer le défaut, le lien de causalité et le montant des dommages. L'aspect hasard de chacun de ces éléments a été vu en détail au chapitre V. La difficulté d'évaluer les préjudices non économiques comme la douleur et la souffrance, les problèmes que pose l'attribution d'une indemnité forfaitaire, la manière dont les tribunaux établissent à l'aveuglette le montant des dommages, les délais, la dénaturation des faits et les contradictions inhérentes aux actions en justice sont tous des facteurs qui contribuent à faire du recours en responsabilité rien de plus qu'un jeu de hasard, et du calcul judiciaire des dommages : "un cauchemar d'inefficacité et d'iniquité"[28]. Ces éléments ne créent pas un milieu propice permettant d'apporter l'attention et la précision nécessaires à ce que la responsabilité civile puisse être un moyen de dissuasion efficace.

4. Il n'existe aucun lien entre la sévérité de la sanction et la gravité de la faute

Les fournisseurs dont les produits causent des accidents ne sont pas tous coupables au même degré. Certains sont plus à blâmer que d'autres. Certains auraient pu raisonnablement empêcher le produit défectueux d'être mis sur le marché; tandis que d'autres sont peut-être déjà à la fine pointe du contrôle technologique de la qualité. Il n'en demeure pas moins qu'en vertu de la responsabilité extra-contractuelle, et plus particulièrement de la responsabilité stricte, ils sont sur un pied d'égalité. La responsabilité se mesure en fonction du préjudice du demandeur, et non en fonction de la culpabilité du défendeur. C'est pourquoi la sanction est beaucoup trop sévère dans certains cas, alors qu'elle ne l'est pas assez dans d'autres. Cette absence de lien entre

la sévérité de la sanction et la gravité de la faute diminue davantage les possibilités de modifier le comportement. Plusieurs auteurs se sont demandés si le régime de la responsabilité civile peut avoir un effet de dissuasion alors qu'il a simplement pour but d'indemniser la victime pour le dommage réel subi[29].

5. L'impact de la responsabilité civile a disparu à cause de l'assurance

Même si tous les problèmes soulevés jusqu'ici pouvaient être réglés, la possibilité pour le fabricant de contracter une assurance-responsabilité enlèverait à elle seule toute sa force au principe de dissuasion. Si rien n'avait pu amoindrir l'efficacité de la responsabilité civile comme moyen de dissuasion, l'assurance-responsabilité du manufacturier y a réussi. Selon Fleming, l'élément de dissuasion du droit de la responsabilité civile est "gravement, sinon tout à fait miné" par l'avènement de l'assurance-responsabilité[30]. On peut comprendre pourquoi. Si c'est l'assureur qui paie pour le préjudice causé plutôt que l'auteur de ce préjudice, la dissuasion perd presque toute son efficacité. Aujourd'hui, évidemment, la grande majorité des fournisseurs sont protégés par une forme quelconque d'assurance-responsabilité[31].

6. Les méthodes de tarification et de prévention sont médiocres ou non existantes dans l'industrie de l'assurance

En théorie, les jugements rendus dans les causes de responsabilité pour des produits assurés pourraient avoir une incidence si les primes d'assurance étaient savamment étudiées et personnalisées. Les compagnies d'assurance pourraient chercher à optimiser la dissuasion en élaborant un système de tarification en fonction des antécédents de l'assuré. En théorie tout au moins, le coût plus élevé de la prime inciterait l'assuré à être plus prudent. Mais pour qu'un tel système soit applicable, il doit y avoir un lien direct entre le dossier de l'assuré et la prime qui lui est demandée. Malheureusement, bien que les compagnies d'assurance aient mis au point des techniques de tarification très raffinées dans certains domaines, les tarifs établis dans le secteur de la responsabilité du fait des produits sont loin d'être au point. L'Interagency Task Force a constaté que les primes en matière de responsabilité du fait des produits étaient souvent fixées "sous l'effet de la panique"[32]. De fait, comme nous l'avons mentionné au chapitre I, l'une des principales causes de la "soi-disant crise" en matière de responsabilité du fait des produits aux États-Unis est la méthode de tarification des assureurs, qui se résume souvent à un "jeu de devinette"[33].

De plus, les assureurs n'ont pas réussi à établir des programmes de prévention adéquats. Les compagnies d'assurance sont en théorie les mieux placées pour recueillir des données sur les demandes d'indemnisation pour des accidents causés par des produits, et pour communiquer ces renseignements à leurs clients en favorisant ainsi des méthodes de fabrication plus sûres; mais, jusqu'à maintenant leur rendement dans le domaine de la prévention des accidents a été terrible. Les professeurs Denenberg et O'Connell ont étudié les techniques de prévention de l'industrie de l'assurance et ont constaté qu'en somme, les assureurs ne se préoccupent même pas de recueillir et de colliger les données pertinentes. La plupart d'entre eux ne se donnent même pas la peine de répartir les demandes d'indemnisation par catégories. Par conséquent, les ressources humaines et financières consacrées aux "programmes de prévention" sont insuffisantes, voire inexistantes[34].

M. Denenberg explique pourquoi les assureurs ne s'intéressent pas particulièrement à la prévention :

> Il est possible d'expliquer pourquoi les compagnies d'assurance ne s'intéressent pas autant à la prévention des accidents qu'on pourrait être porté à le croire. La prévention des accidents pourrait inciter les gens à s'autoassurer, ou tout au moins entraîner une diminution des besoins d'assurance. Par le passé, les compagnies d'assurance ont toujours eu l'impression que la prévention des accidents pouvait contribuer à rendre l'assurance inutile. Tout programme de prévention des accidents pourrait également entraîner une diminution des primes tout en réduisant le revenu ainsi que la marge d'auto-financement des compagnies d'assurance[35].

7. L'imposition d'une responsabilité complète ne favorisera pas nécessairement la dissuasion

Les compagnies sont sans doute d'avis qu'il est préférable de payer le coût de la responsabilité plutôt que de prendre des mesures préventives. De plus, en raison de la structure particulière du marché, le défendeur pourra peut-être tout simplement imputer le coût de la responsabilité aux consommateurs, sans que son volume d'affaires ou ses profits s'en ressentent.

En somme, trop d'obstacles concrets se dressent entre la théorie de la dissuasion et la réalité des actions en justice. Il n'est pas étonnant qu'aujourd'hui la plupart des auteurs avertis soient d'avis que l'imposition de la responsabilité financière n'a pas réellement d'effet de dissuasion sur les compagnies. Le professeur William Whitford a analysé l'effet des jugements de responsabilité rendus contre des fabricants sur leurs méthodes de fabrication. Il conclut : "Les actions en responsabilité du fait des produits ont peu d'incidence sur les décisions concernant la conception des produits ou sur les mises en garde"[36]. Trois explications sous-tendent sa conclusion :

> Premièrement, la période comprise entre la date de l'accident et la fin du procès dépasse souvent cinq ans. Étant donné que les produits sont souvent modifiés à des intervalles plus rapprochés, les actions portent habituellement sur des modèles de produits qui ne se font plus. Deuxièmement, de nombreux fabricants se désintéressent totalement des demandes d'indemnisation en les transmettant à leurs assureurs pour ensuite ne plus tellement s'en soucier, à tel point que certains ne se renseignent même pas sur ce qu'il en est advenu. Il est peu probable que de tels fabricants tiennent compte des décisions des tribunaux dans la conception de leurs produits. Enfin, si l'on considère l'un des secteurs où les poursuites sont les plus nombreuses, celui des tondeuses à gazon, nous constatons qu'une majorité de fabricants ne se tiennent même pas au courant des décisions judiciaires qui concernent les autres fabricants de tondeuses, ce qui illustre bien à quel point on se soucie peu de ces questions.
>
> Une autre raison pourrait expliquer l'indifférence manifestée par l'industrie et les ingénieurs à l'égard des décisions rendues en matière de responsabilité civile : ils ont l'impression que la procédure judiciaire de la common law ressemble à un cirque, avec des émotions fortes et sans aucune méthode scientifique, et qu'il est peu probable que les scientifiques puissent y apprendre quoi que ce soit de nature à faire avancer leur profession ou leurs travaux[37].

Même la Commission de la réforme du droit de l'Ontario a reconnu dans son rapport sur la responsabilité du fait des produits "que la responsabilité civile est un moyen de dissuasion fortuit et inefficace"[38].

Pourquoi le recours en responsabilité civile ne peut être un moyen de dissuasion auprès de l'individu poursuivi en justice

La théorie de la dissuasion s'applique principalement au fournisseur de produits défectueux. Elle peut être également pertinente en ce qui concerne le comportement de l'individu en particulier. Ce n'est pas, dans ce cas, la responsabilité stricte qui s'applique, mais plutôt la faute ou la négligence qui sert de fondement à la responsabilité. L'individu est tenu responsable de son activité dommageable lorsque sa conduite dans les circonstances a été déraisonnable ou condamnable. L'octroi de dommages-intérêts (selon les tenants de la théorie) peut prévenir de la même manière le comportement indésirable des particuliers que celui des compagnies.

Nous en arrivons évidemment à peu près à la même conclusion que dans le cas de la compagnie. Les facteurs qui rendent le principe de la dissuasion impraticable dans le cas de la compagnie s'appliquent tout autant au particulier. Deux autres points doivent cependant être soulignés.

1. Si le risque de blessure ou de mort n'a pas d'effet de dissuasion, la responsabilité civile en a encore moins

Il est très peu probable que le fait, pour un particulier, d'être condamné à verser des dommages-intérêts l'empêche vraiment par la suite d'agir avec imprudence. Après tout, "un accident" n'est généralement rien de plus qu'un moment d'inattention. C'est d'ailleurs pourquoi il porte le nom d'accident.

> Les accidents ne sont habituellement pas le résultat de risques pris délibérément; ils sont souvent dus à un manque d'attention, à une mauvaise perception, à une erreur de jugement ou à d'autres facteurs sur lesquels les moyens de dissuasion ne peuvent avoir aucun effet. Lorsqu'une personne ne se rend pas compte du fait qu'une activité donnée peut présenter certains risques, elle n'est pas dissuadée d'exercer cette activité pour la simple raison qu'elle pourrait être l'objet d'une sanction[39].

Dans la plupart des cas d'accidents causés par des produits et imputables au particulier (ex. : accident d'automobile), la portée de la responsabilité civile se limite à une hausse de la prime d'assurance du particulier. Dans son rapport sur l'assurance automobile, le New York Insurance Department en arrive à la conclusion suivante : "Ce n'est sûrement pas par crainte de la responsabilité civile, pour laquelle ils sont assurés, que les conducteurs vont éviter toute erreur de jugement, alors qu'ils ne sont pas dissuadés par la crainte de la mort, de dommages corporels, de l'emprisonnement, d'une contravention ou de la suspension du permis de conduite"[40]. Enfin, dans les États américains où il existe un régime d'assurance-automobile sans égard à la faute, l'expérience démontre que la responsabilité civile n'agit pas comme moyen de dissuasion. Selon les conclusions d'une étude menée par le département américain des transports :

> Avant l'adoption des régimes sans égard à la faute et avant la publication des résultats de l'expérience actuelle, certaines personnes étaient d'avis que le fait de passer à[...] un régime sans égard à la faute ferait qu'on ne tiendrait plus compte de la responsabilité de l'accident, ce qui se traduirait par une plus grande négligence des conducteurs et un accroissement des risques d'accidents de la circulation. Autrement dit, on prétendait que ce

serait "le grand désordre dans les rues". Aucune preuve factuelle ne permet de confirmer ou de réfuter cette théorie de façon concluante, mais les statistiques courantes en matière de sécurité n'y donnent pas de poids. En effet, le taux des accidents pour la période 1970-1975, dans chacun des 16 États où existent les régimes sans égard à la faute, n'indique pas de hausse sensible des accidents après l'adoption de ces régimes. En fait, le taux des accidents, dans ces États, suit généralement la tendance graduelle à la baisse enregistrée pour l'ensemble des États-Unis, ainsi que les tendances qui caractérisent les taux d'accidents en milieu urbain et en milieu rural aux États-Unis[41].

2. La théorie de la dissuasion par l'imputation de la responsabilité au particulier auteur du préjudice se fonde sur un calcul des risques humainement impossible

L'être humain est censé se comporter intelligemment, bien comprendre le droit de la responsabilité du fait des produits, connaître tous les risques d'accidents et savoir dans quelle mesure la responsabilité peut lui être imputée. La théorie de la dissuasion suppose que nous sommes en mesure d'évaluer de façon rationnelle les risques de blessures et notre responsabilité dans tout ce que nous faisons. De récents ouvrages en psychologie démontrent aujourd'hui que cette prévisibilité héroïque est invraisemblable. Les chercheurs qui étudient le comportement humain et les risques pris constatent que très peu d'entre nous, s'il en est, sommes psychologiquement et intellectuellement en mesure d'avoir cette "prévisibilité" qui sous-tend la théorie contemporaine de la dissuasion[42]. Les économistes qui étudient les modèles relatifs aux blessures précisent que "c'est une hypothèse bien fragile que de croire que l'on puisse tenir compte de raisons d'ordre économique dans des situations impliquant sa propre sécurité"[43]. Les particuliers qui se trouvent dans des situations dangereuses n'agissent donc pas de façon rationnelle. Les risques considérables sont invariablement sous-évalués alors que les risques minimes sont surévalués. Dès que le calcul des risques devient trop complexe, il dépasse notre entendement. Certaines personnes seront blessées et d'autres tenues responsables, mais les calculs requis dépassent les capacités humaines[44]. Des études récentes ont permis de démontrer "qu'il était frappant de voir à quel point l'homme a de la peine à fonder une opinion sur des probabilités"[45]. Si la théorie de la dissuasion en matière de responsabilité ne s'applique pas dans le cas des compagnies, elle s'applique encore moins aux particuliers.

LE PRINCIPE DE LA DISSUASION N'EST PAS PERTINENT

Jusqu'ici nous avons examiné la plausibilité et l'applicabilité du principe de la dissuasion d'un point de vue réaliste : les obstacles, les mesures décourageantes, les divers écarts et déformations et considérables qui, combinés, minent considérablement et annulent même complètement le prétendu effet dissuasif de la responsabilité civile. La preuve semble probante. Parmi les nombreux obstacles qui se dressent entre la théorie et la réalité, le plus sérieux est celui que constitue aujourd'hui le phénomène de l'assurance-responsabilité. Nous avons précédemment étudié en détail son importance. Il est évident que l'assurance va continuer à exister. Pour rétablir un tant soit peu l'effet dissuasif de la responsabilité, il faudrait élaborer et appliquer un processus de tarification raffiné en matière d'assurance. Il n'est pas faux de prétendre que l'établissement de la prime en fonction du dossier de l'assuré pourrait avoir un effet dissuasif considérable. Cette idée nous amène à soulever un point très important : il se dégage de tout ceci que le principe de la dissuasion en soi n'est pas pertinent au débat qui entoure l'adoption d'un régime avec ou sans égard à la faute. Voici pourquoi.

Même s'il était possible de rétablir un certain degré de dissuasion grâce à un système de tarification plus précis, plus raffiné et plus savamment étudié en matière d'assurance, cela ne veut pas dire que le bien-fondé de la responsabilité civile a été prouvé. L'établissement d'un système de tarification personnalisé (bien qu'invraisemblable aujourd'hui) n'exige pas le maintien des recours en responsabilité dans le cas d'accident. Les résultats que pourrait donner un tel système dans le contexte de l'assurance-responsabilité civile peuvent également être obtenus grâce à l'adoption d'un régime d'assurance sociale sans égard à la faute. De fait, l'évaluation des risques fait déjà partie intégrante de certains régimes actuels d'assurance sans égard à la faute comme le régime d'indemnisation des victimes des accidents du travail. De plus, les chances de succès de la prime variable sont plus grandes lorsqu'elle fait partie d'un régime d'assurance sociale plutôt que par le système des recours en responsabilité civile. Selon Terry Ison : "un régime perfectionné d'assurance sociale pourrait, beaucoup plus que le régime de responsabilité civile, permettre d'élaborer un système de tarification personnalisé et d'évaluation des risques bien plus efficace et évolué"[46].

Il n'est pas sûr pour autant que la formule des primes variables serait couronnée de succès. Les auteurs ne s'entendent pas du tout sur cette question. Plusieurs ont étudié le lien entre le taux d'accidents et les primes et doutent sérieusement de l'applicabilité de la formule de la prime personnalisée. Patrick Atiyah, par exemple, est d'avis que la pratique d'imposer des pénalités dans la prime n'a aucun effet dissuasif sur les méthodes de fabrication ou les coûts de l'accident[47].

Nous ne nous préoccupons pas ici de savoir si nous possédons ou non la motivation, la technologie ou les connaissances empiriques voulues pour adopter une formule de primes variables. Le débat entourant cette question se poursuivra, qu'il s'agisse de l'assurance-responsabilité ou de l'assurance sans faute. Voilà qui constitue encore le point crucial : si nous admettons que la formule de la prime variable est également applicable à un régime d'assurance sans égard à la faute, il s'ensuit que le débat concernant le principe de la dissuasion n'a plus d'importance. Il faut plutôt se demander si l'adoption des primes variables comportant des pénalités peut constituer un moyen de dissuasion[48]. La responsabilité civile n'est en l'occurrence pas plus avantageuse que l'assurance sociale.

CONCLUSION

Il découle de nos études que la dissuasion ne peut à elle seule justifier le maintien de l'élément recours en responsabilité civile dans le cas d'accidents causés par un produit mais non reliés au travail[49]. Même en adoptant la règle de la responsabilité stricte, les chances que la responsabilité civile ait un effet dissuasif sont minimes, voire inexistantes. Les fondements théoriques du principe de la dissuasion sont peu solides, les problèmes pratiques, insurmontables et, compte tenu de l'existence des assurances et du besoin d'établir des primes variables, en dernière analyse, il n'y a pas lieu de discuter de cette question.

RÉFÉRENCES

1. Laycraft, Symposium de Calgary (1979) p. 24.

2. Mackenzie (1975).

3. American Bar Association (1978) pp. 12 et 16.

4. Posner (1972) p. 33.

5. Calabresi (1970).

6. Id., pp. 73-74.

7. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 70.

8. Le principal défenseur de ce point de vue est Posner (1977).

9. Calabresi, dans Keeton et al. (1968) pp. 243 et 244, cité dans Atiyah (1975a) p. 547.

10. Atiyah (1975a) pp. 547-548.

11. Posner (1977).

12. Voir notamment Polinsky (1974).

13. Voir notamment Baker (1975); Minda (1978) et Cranston (1977).

14. Voir notamment Carrington (1979) et Leff (1974).

15. Leff (1974).

16. Polinsky (1974).

17. Baker (1975), Cranston (1977), Leff (1974), Minda (1978), Polinsky (1974) et Steiner (1976).

18. Atiyah (1975a) p. 553.

19. McKean (1970b) p. 5.

20. Ash (1980).

21. Voir Guss (1979) p. 50.

22. Cranston (1978) pp. 309-310. Voir aussi Burman, Genn et Lyons (1977).

23. Fleming (1977) p. 212.

24. O'Connell (1975b) p. 18.

25. Id.

26. Ison (1967) p. 7.

27. L'indifférence des tribunaux à l'égard du principe de dissuasion est traitée de façon plus détaillée dans Glasbeek et Hasson (1977) pp. 402-410.

28. O'Connell (1975b) p. 51.

29. Voir notamment Stoll (1970) pp. 20-21.

30. Fleming (1967) p. 823.

31. Voir IATF (1978a).

32. IATF (1977c) pp. I-27 et I-28.

33. Id. Voir aussi Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 73.

34. O'Connell (1975b) p. 23. Voir aussi O'Connell (1979) pp. 24-25.

35. Denenberg, (Rapport n° 8) p. 257.

36. Whitford (1970). Traité dans O'Connell (1979) pp. 23-24.

37. O'Connell (1979) pp. 23-24.

38. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 70.

39. Atiyah (1975a) p. 504.

40. New York Insurance Dept. (1970) p. 12.

41. U.S. Dept. of Transportation (1977) p. 60.

42. Voir notamment Kunreuther (1976) et (1978). Voir aussi Diamond (1974) et (1978). Pour une étude intéressante des travaux de Thomas Schellings sur la théorie du risque, voir Dorfman (1970-1971).

43. Diamond (1974) n. 3.

44. Voir Kunreuther (1976) et les références citées.

45. Id., pp. 243 et 255. Voir aussi Oi (1973) et (1977).

46. Ison (1967) p. 387.

47. Atiyah (1975a) pp. 520 et 550. Voir aussi Atiyah (1975b) p. 89 et Ison (1967) pp. 92-93.

48. Éclaircissements tirés de Brown (1979). La question est traitée de façon plus détaillée dans cet article.

49. Ontario Law Reform Commission (1973), (1979b), Nouvelle-Zélande (1974) p. 16. Pour un excellent résumé des arguments et des preuves, voir Ison (1967), Atiyah (1975a), O'Connell (1975b) et (1979).

Chapitre VII

UN RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS

Nous avons exposé dans les chapitres V et VI les raisons justifiant les recours en responsabilité civile; nous pouvons donc maintenant nous pencher sur les qualités intrinsèques du régime intégré d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute. Nous avons déjà, dans les chapitres précédents développé l'essentiel des motifs à l'appui d'un régime sans égard à la faute, et nous n'apporterons ici aucun argument réellement nouveau, mais nous procéderons plutôt à une synthèse et une récapitulation de toute l'argumentation en faveur d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents.

Celle-ci se résume aux dix points fondamentaux suivants :

1) L'invalidité résultant d'un accident causé par un produit constitue un problème social important. Nous en avons constaté, au chapitre I, la grande importance et le coût élevé pour le Canada, à l'heure actuelle. Les dimensions sociales et économiques des blessures ou des incapacités physiques sont considérables, tant pour la victime que pour sa famille.

2) Selon les données les plus exactes que nous possédons à l'heure actuelle, près de 75 p. 100 des accidents ne sont pas reliés au travail[1]. Pourtant, comme il est souligné dans un mémoire du Syndict canadien de la Fonction publique, "c'est précisément au chapitre de l'invalidité à court et à long termes provoquée par un accident non relié au travail que la garantie laisse le plus à désirer"[2]. Un sondage mené par la Canadian Association of Accident and Sickness Insurers révèle que 80 p. 100 de la main-d'oeuvre active ne bénéficie d'aucune protection en cas de perte de salaire à court terme[3].

3) La grande majorité des Canadiens bénéficient d'un éventail de mesures déroutantes ayant pour objet la réparation des pertes dues à un accident : les régimes étatisés d'indemnisation sans égard à la faute qui sont disparates, incoordonnés et font double emploi, et les régimes obligatoires d'assurance-automobile, jusqu'à la possibilité rarement utilisée d'intenter un recours en responsabilité civile. Au mieux, la méthode actuelle est un mélange de trois niveaux de programmes et de mécanismes, la responsabilité basée sur la faute et sans égard à la faute qui continuent de drainer les ressources de la société, nous laissant le pire des deux mondes :

> De telles tentatives sporadiques, chaotiques et à la pièce dans le domaine de l'assurance sociale nous laissent le pire des deux mondes : d'une part, les primes montent en flèche du fait que les compagnies, les professions libérales et leurs assureurs cherchent à se prémunir contre

> l'avalanche des demandes d'indemnisation fondées sur des théories nouvelles ou "perverses" et, d'autre part, des indemnisations peu élevées du fait que les tribunaux et les jurys ne peuvent d'un seul coup transformer les règles de la common law en matière de responsabilité civile en un véritable régime universel d'indemnisation[4].

4) Conserver les recours en responsabilité civile (même avec la "réforme" de la responsabilité stricte) dans le cas des accidents qui ne sont pas reliés au travail, ne peut se justifier. Le recours en responsabilité n'atteint jamais son but, ni comme mécanisme d'indemnisation ni comme moyen de dissuasion, et des preuves plus qu'abondantes le démontrent bien[5].

5) Tous admettent qu'un régime sans égard à la faute du citoyen serait nettement supérieur en ce qui concerne l'indemnisation. Le régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents serait non seulement plus global, mais prévisible et plus facile à administrer, mais il serait également plus rapide, moins onéreux et plus équitable. Nous en avons décrit les avantages au chapitre V. La question d'équité mérite cependant une explication. La plupart des adversaires de l'indemnisation sans égard à la faute sont d'avis que l'action en responsabilité civile permet à la personne blessée ou invalide d'obtenir, à défaut d'autre chose, une indemnité ou une réparation supérieure à celle qui lui serait versée en vertu d'un régime sans égard à la faute. Toutefois, une étude comparative récente des indemnités accordées en Australie dans les causes d'accidents par rapport à celles qui auraient été versées aux termes du nouveau régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute adopté en Nouvelle-Zélande démontre qu'en fait, ce dernier régime aurait permis à la victime d'obtenir, pour le même préjudice, une indemnisation <u>supérieure</u> de 20 à 300 p. 100[6].

6) La responsabilité civile présente également de graves lacunes comme mécanisme de dissuasion, et si la théorie est quelque peu branlante, la réalité est encore pire. Si certains auteurs s'accrochent encore à la notion farfelue de la dissuasion[7], la preuve du contraire est plus qu'accablante[8]. Comme nous l'avons souligné au chapitre VI, la valeur dissuasive du préjudice extra-contractuel est négligeable, voire même nulle.

7) En fait, tout le débat sur la force dissuasive de la responsabilité est hors de propos compte tenu de la nature et de l'étendue de l'assurance-responsabilité actuelle. La prime variable ou le tarif de pénalité représente vraisemblablement la seule façon d'obtenir quelque effet dissuasif, ce procédé étant tout aussi accessible et, selon toutes probabilités, plus efficace dans un régime sans égard à la faute[9].

8) Il est plus qu'improbable que l'assurance privée ou les conventions collectives rendront caducs les recours en responsabilité civile au profit de l'instauration d'un régime compréhensif d'indemnisation à

l'intention de tous les Canadiens. Un sondage récent de la Canadian Association of Accident and Sickness Insurers révèle qu'au Canada, 31 p. 100 de la main-d'oeuvre active bénéficie d'une assurance invalidité longue durée individuelle ou collective[10]. La capacité financière de l'assurance privée ne semble pas pouvoir inclure les non-travailleurs aussi bien que les travailleurs et garantir des prestations régulières de longue durée qui ne sont pas touchées par l'inflation. Une étude conclut que l'industrie de l'assurance privée a été incapable de garantir une protection universelle et étendue aux travailleurs et à leur famille, et qu'il est peu probable qu'elle puisse le faire dans un avenir rapproché[11]. Les contraintes financières auxquelles le marché de l'assurance privée est soumis seront étudiées dans le chapitre VIII, lors de l'analyse en profondeur de toutes les facettes de la question de l'élaboration de l'organisme.

9) L'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents est logique, empiriquement obligatoire et légalement inévitable. Peu de sociétés peuvent se permettre le luxe douteux de maintenir un ensemble de régimes basés sur la faute et sans égard à la faute qui n'est ni coordonné, ni régi, extrêmement peu rentable et fondamentalement inéquitable. La rationalisation et l'intégration s'imposent, sinon pour des raisons de responsabilité collective et d'honnêteté individuelle, du moins pour des motifs de rentabilité institutionnelle.

10) L'intégration des régimes actuels sans égard à la faute à un régime plus vaste d'indemnisation des victimes d'accidents faciliterait l'extension logique et inévitable de ce régime à toute forme d'incapacité, y compris la maladie et l'invalidité. (Nous développerons ce dernier aspect au chapitre IX.)

Cette argumentation en dix points en faveur du régime d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute représente uniquement une synthèse concise des conclusions de multiples études gouvernementales et de recherches. Nous avons analysé, dans les chapitres précédents, la plupart de ces études ainsi que les recommandations qu'elles comportaient. Il serait utile cependant de signaler ici une autre étude tout aussi importante qui a été préparée pour le ministère de la Consommation et des Corporations[12]. Le professeur Spencer Star y fait une analyse économique des accidents dus à des produits et de la responsabilité du fait des produits, et il conclut que les avantages d'un régime universel d'assurance-accident sont incontestables :

> Un régime universel d'assurance-accident constitue logiquement la prochaine étape en matière de législation sociale. La Nouvelle-Zélande a démontré qu'un tel régime était non seulement économiquement possible, mais qu'il était efficace. L'Australie semble disposée à suivre l'exemple de la Nouvelle-Zélande au moment opportun. Étant donné l'étendue de ses régimes existants en matière de sécurité sociale, d'indemnisation des victimes d'accidents du travail, d'assurance-automobile et de revenu

> minimum garanti (régime dont vient de se doter le Québec), le Canada pourrait probablement établir un régime universel d'assurance-accident à moins de frais que la plupart des autres pays. Il nous faudrait maintenant connaître l'étendue des écarts entre les régimes d'assurance qui existent actuellement au Canada ainsi que la nature des pertes qui seraient couvertes par un régime universel et qui sont actuellement assumées par les particuliers.
>
> Les avantages d'un régime universel d'assurance-accident sont incontestables. Un tel régime mettrait fin aux coûteuses batailles judiciaires, et tant les consommateurs que les manufacturiers profiteraient de la diminution des risques de pertes catastrophiques[...]. Les régimes d'indemnisation des victimes d'accidents du travail au Canada et d'indemnisation des victimes d'accidents en Nouvelle-Zélande sont bien la preuve que, dans ce domaine, les régimes étatisés coûtent moins cher que les régimes privés. L'adoption d'un régime universel d'assurance accident devrait assurément être considérée comme un pas en avant souhaitable dans le domaine de la sécurité sociale. Étant donné l'accroissement du coût des causes portant sur la responsabilité du fait des produits et l'intérêt que porte le public aux problèmes des produits dangereux, c'est à se demander si le Canada peut vraiment se passer d'un régime national d'assurance-accident[13].

Peu à peu, toutes ces études percent une brèche dans le raisonnement du législateur canadien. Nous avons vu, dans les chapitres III et IV, comment le régime d'indemnisation des accidents du travail sans égard à la faute s'est progressivement étendu à l'assurance des soins médicaux et hospitaliers, à divers régimes d'assurance-maladie et invalidité et aux régimes limités d'assurance-automobile sans égard à la faute. Enfin, au moins une province a fait savoir qu'elle avait l'intention de franchir le pas et d'instaurer un régime universel d'indemnisation sans égard à la faute. En effet, la Saskatchewan prévoyait présenter, au printemps 1981, un projet de loi portant sur la création d'un régime universel d'assurance en cas d'accident et de maladie[14]. Avec l'adoption de cette loi, la Saskatchewan aurait été la première province au Canada à posséder un régime intégré d'assurance-invalidité sans égard à la faute, un régime dont la garantie aurait même dépassé celui de la Nouvelle-Zélande.

À l'instar de la Saskatchewan, d'autres législatures pourraient emboîter le pas, si leur commission de réforme du droit prenait le temps d'étudier dans son contexte la question du préjudice corporel, de même que les nombreuses données empiriques et l'abondante documentation sur le sujet. Bien souvent, les arguments favorables à l'indemnisation universelle des accidents sont si convaincants qu'on se demande comment toute personne ayant une estimation assez juste de ce que nous savons

aujourd'hui peut les réfuter. Et on peut s'imaginer aisément la frustration que peuvent éprouver des spécialistes comme Patrick Atiyah, Terry Ison ou Jeffrey O'Connell lorsqu'une telle opposition se manifeste, directement ou, le plus souvent, indirectement, par exemple lorsqu'une commission de réforme du droit choisit de restreindre la discussion au débat totalement inapproprié de la responsabilité stricte. Quoi de plus normal que leur objectivité scientifique cède à l'occasion le pas à l'émotion et à la passion.

Le professeur Jeffrey O'Connell a présenté, de façon tout à fait improvisée, un plaidoyer des plus passionné et des plus persuasif en faveur d'une réforme rationnelle de la législation lorsqu'il a témoigné devant le Inter-Agency Task Force on Products Liability. Rappelons que ce groupe de travail a, en définitive, recommandé l'adoption d'un projet de loi édulcoré (voire rétrograde selon certains), le Uniform Product Liability Act[15], projet qui, fondamentalement, maintient le statu quo au sujet du recours en responsabilité civile.

Les législateurs provinciaux, notamment les réformateurs du droit provincial, que la responsabilité stricte continue de fasciner, devraient se faire un devoir de lire ses observations. Voici quelle était sa déclaration :

> Pour commencer, laissez-moi vous exposer quelques idées fondamentales : premièrement, nous perdons probablement notre temps ici ce matin; deuxièmement, nous perdons probablement notre temps à étudier ce rapport. Ce rapport va faire l'objet d'un curieux mélange de recommandations qui ne changeront absolument rien même si on y donne suite, et de toute façon, personne ne s'intéressera à votre rapport et je crois que nous ferions aussi bien de nous reposer et d'accepter cela[...]. Le système des recours en responsabilité civile est un véritable scandale[...]. C'était[...] un scandale au début du siècle, et à cette époque, tous les réformateurs de la société le moindrement intelligents disaient qu'il fallait s'en débarrasser dans la mesure où il concernait le principal groupe de personnes qui sont accidentées dans notre société, à savoir les victimes d'accidents industriels. En 1920, tous les États américains les plus avancés s'étaient dotés de régimes d'indemnisation des victimes d'accidents du travail. Ils avaient mis au rancart la responsabilité civile pour les dommages corporels et avaient créé un régime d'assurance raisonnablement simplifié. Ils étaient d'avis qu'il était absolument fou de se demander, après chaque accident, si l'ouvrier aurait dû voir la tache d'huile, s'il aurait dû retirer sa main un millième de seconde plus tôt, ou un millième de seconde plus tard, ou si l'employeur aurait dû déplacer quelque chose quelques pieds plus loin ou quelques pieds moins loin. Laissez tomber ce truc-là et quand les gens se feront blesser au travail, indemnisez-les.

Mais de grâce, ne les indemnisez pas selon cette espèce de jeu de roulette imaginé par les avocats. Je fais référence à la réparation de tous leurs dommages malgré le fait qu'ils ont déjà été indemnisés autrement. Ne les indemnisez pas pour toutes leurs douleurs et leurs souffrances, car personne ne sait ce que c'est de toute façon. Versez-leur des indemnités de subsistance afin d'empêcher qu'ils ne deviennent indigents et laissez-les contracter toutes les assurances qu'ils veulent, mais versez-leur des indemnités qui correspondent au salaire d'un ouvrier ou d'un employé moyen et remboursez-leur tous leurs frais médicaux. C'est ce que nous avons fait dans tous les États des États-Unis avant 1940. Ça n'a peut-être pas très bien fonctionné, mais comparé au régime de la responsabilité civile, c'était fantastique.

Notre régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail nous cause aujourd'hui de nombreux problèmes. Personne ne prétendra le contraire, à moins de le comparer au régime de responsabilité civile; dans un tel contexte, il s'agit de la chose la plus merveilleuse que nous ayons jamais faite. Et après avoir adopté un régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail, aucun État n'a sérieusement songé à revenir au régime de la responsabilité civile, régime qui sera si vaillamment défendu ici par mes confrères. Aucun État n'y a vraiment songé sérieusement[...] ils n'y songeraient jamais sérieusement. Le rapport de la National Commission on Workmen's Compensation était d'avis que malgré toutes ses insuffisances, il ne viendrait à l'idée de personne de revenir au régime de responsabilité civile en matière d'accidents du travail.

D'accord, nous avons fait tout cela. Mais croyez-le ou non, nous nous sommes arrêtés là et nous avons conservé le régime de responsabilité civile tel quel pour tous les autres types d'accidents. C'est de la folie pure. Après la création des régimes d'indemnisation des victimes d'accidents du travail, les accidents de la circulation se sont multipliés à un rythme qui éclipsait même les accidents du travail, et qu'est-ce que nous avons fait à ce sujet? Nous avons continué à avoir des discussions interminables après chaque accident d'automobile pour déterminer si le conducteur roulait à 35 milles à l'heure plutôt qu'à 30 et si le piéton avait bien regardé à gauche et à droite, et nous avons consacré tout l'argent à de telles discussions insignifiantes plutôt que d'indemniser les personnes au moment où elles étaient blessées, ce que je croyais être l'objet de l'assurance — et non de nous payer, nous avocats, pour débattre la question de savoir si quelqu'un roulait à 40 milles et non pas à 41 ou seulement à 35 milles à l'heure. Et ça a continué ainsi pen-

dant une, deux et trois générations. Enfin, en 1960, quelqu'un s'est exclamé : "Nous avons affaire à un système tout à fait idiot! Tout l'argent va aux compagnies d'assurance et aux avocats. N'y a-t-il pas moyen de changer cela?" Eh bien, il y a eu des études pendant des années démontrant que le régime était un désastre à partir de 1930[...]. Et finalement, petit à petit, à contrecoeur, certains États ont commencé à adopter des régimes de responsabilité sans égard à la faute et ces derniers fonctionnent[...]. Souvenez-vous de ce qui s'est passé dans le cas du régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail et dans le cas du régime de responsabilité sans égard à la faute, et malgré tous leurs problèmes, ces régimes fonctionnent bien mieux que la responsabilité civile. Il ne faudrait surtout pas l'oublier[...]. Mais voyez-vous, la tare du système actuel, c'est qu'il combine les deux plus grands maux qui soient : le gaspillage et le besoin. Les deux sont mauvais, à bien y penser, mais le gaspillage n'est pas si mauvais lorsqu'il n'enlève rien à personne. Notre système semble inextricablement associé à ces choses. Nous gaspillons des sommes farimineuses à débattre de questions tout à fait insignifiantes, alors que des gens ne sont pas indemnisés pour des pertes irremplaçables[...]. Je crois que nous, avocats, sommes placés dans une situation dans laquelle nous ne sommes pas productifs. Si l'on prend chaque cas individuellement, nous aidons nos clients, nous aidons les gens à se faire indemniser. Mais depuis le début du siècle, chaque fois que des observateurs objectifs ont analysé le régime de responsabilité civile, qu'il s'agisse de fonctionnaires, de membres d'organismes, de journalistes, tous sont d'avis qu'il s'agit d'un désastre[...] un vrai désastre. Et nous, les avocats, nous avons refusé de reconnaître cela. Il s'agit véritablement d'un désastre. Vous devriez considérer qu'il s'agit d'un désastre et chercher de quelle façon il serait possible d'améliorer la situation. Autrement, vous aurez perdu votre temps[16].

Bien évidemment, le IATF n'a pas manifesté à O'Connell un intérêt passionné et ses membres ont plutôt choisi de rafistoler la responsabilité civile et de recommander un ensemble de modifications au régime de la responsabilité stricte. Les réformateurs du droit au Canada et les législateurs canadiens peuvent néanmoins se permettre d'être plus ambitieux. La mise en oeuvre d'une réforme intelligente, sensible et rentable du droit est à notre portée. Il ne nous faut qu'un peu de bonne volonté pour instaurer un régime rationnel, intégré et universel d'indemnisation des victimes d'accidents.

RÉFÉRENCES

1. Preuves énoncées dans Manitoba (1977) décrites et résumées dans Welsh, "Saskatchewan Plans Universal Insurance", Globe and Mail (25 août 1980) p. B-8.

2. Exposé CUPE (1980).

3. Id.

4. O'Connell (1979) p. 140.

5. Voir supra, chap. V et VI.

6. Woodhouse J., Symposium de Calgary (1979) pp. 32 et 33.

> [Nous] avons étudié tous les dommages intérêts accordés par la Cour suprême du New South Wales en 1972 en vue de comparer les montants attribués par les juges, ou par un jury dans un ou deux cas, avec le montant global qui aurait été accordé à l'égard de dommages corporels identiques en vertu du régime que nous avons proposé. Les résultats de l'étude sont étonnants, en raison surtout du fait que nos versements périodiques devaient être indexés sur l'indice du coût de la vie. Voici donc une comparaison des montants, vérifiés par des actuaires indépendants à l'emploi d'une entreprise privée; dans tous les cas, le premier montant est celui qui a été effectivement accordé. Dans le premier cas, un jeune homme a reçu $88 872; il aurait reçu $160 000 en vertu de notre régime. Dans le second cas, le montant accordé était de $54 735; il aurait été de $82 600 en vertu du régime. Dans le troisième cas, il y avait eu faute contributoire de la victime et le montant accordé était de $5 114 bien que les dommages réels aient été évalués à un montant deux fois plus élevés; en vertu de notre régime, la victime aurait touché $10 000, indemnité qui se rapproche du montant des dommages réels. Le cas suivant comportait une indemnité de $8 632; celle-ci aurait été de $30 600 en vertu du régime. Le cas suivant : $141 643 par rapport à $158 900. Enfin, dans le dernier cas, où il y avait encore une fois faute contributoire, l'indemnité était de $13 913 par rapport à $32 900. Si je cite tous ces chiffres, c'est pour montrer vraiment que, du point de vue économique, il n'existe vraiment aucun argument valable qui peut être invoqué à l'encontre d'un régime d'indemnisation, car les économies sont énormes au niveau administratif ($1 million par jour) et l'indemnisation des victimes est raisonnablement satisfaisante.

7. Voir notamment Mackenzie (1975), Posner (1977) et Stoljar (1973).

8. Supra, chapitre VI.

9. Id.

10. Welsh (1980) p. B-8.

11. Exposé CUPE (1980).

12. Star (1979).

13. Id., pp. 129-130.

14. Welsh (1980) p. B-8.

15. Supra, note 15, chapitre I.

16. O'Connell, dans IATF (1976) pp. 221-236.

Chapitre VIII

LES DIX PRÉOCCUPATIONS LES PLUS COURANTES CONCERNANT LE RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION

Jusqu'ici, les arguments en faveur d'un régime universel d'indemnisation ont été présentés de façon directe et avec un minimum de détours ou de digressions explicatives. Nous n'avons pas encore abordé les nombreuses questions et objections soulevées par l'instauration d'un régime sans égard à la faute. Dans ce chapitre, nous tenterons de répondre à ce qui constitue, selons nous, les dix préoccupations les plus couramment soulevées par le régime universel d'indemnisation. Nous espérons ainsi éclaircir certains points négligés dans les chapitres précédents et résoudre les préoccupations les moins fondées quant au régime sans égard à la faute.

LE RISQUE MORAL : "LE RÉGIME SANS ÉGARD À LA FAUTE NE RISQUE-T-IL PAS DE FAVORISER LA NÉGLIGENCE?"

C'est souvent là la première question soulevée lorsque l'on parle d'un régime universel d'indemnisation. Nombre de gens croient qu'un régime sans égard à la faute entraînera tout simplement une plus grande négligence. C'est ce que les économistes appellent "la question du risque moral". Plus on est protégé contre un risque de blessure, moins l'on a de raisons d'être prudent. En termes d'offre et de demande, le risque moral se résume à ceci : la baisse du coût de la négligence entraîne une hausse de la demande de celle-ci. Le régime sans égard à la faute étant très global et les contributions au régime étant, dans une certaine mesure, peu personnalisées, l'on s'inquiète de ce que le nombre de blessés n'augmente à un point tel qu'en définitive, les citoyens prudents devraient payer pour la négligence des imprudents.

De toute évidence, cette analyse repose largement sur une vision "commerciale" du préjudice corporel qui dépend étroitement de l'exactitude du calcul des risques. Or, nous avons vu au chapitre VI et nous avons fait état des données récentes de la psychologie en matière de risque chez l'homme, que l'hypothèse du "calculateur rationnel du risque", qui est à la base de l'analyse de la marginalité du risque moral, se révèle presque inutile quand on l'applique à la santé et à la sécurité. Les données de la psychologie confirment ce que nous avions deviné, à savoir qu'il est difficile de croire que des gens seraient prêts à subir un préjudice corporel pour le seul avantage d'obtenir une indemnité financière somme toute assez modeste. Le professeur Robert Dofman a soulevé le même point, mais d'une manière un peu plus colorée :

> Je ne doute pas que les gens mangeraient davantage de pommes si les prix baissaient. Mais je ne suis pas certain qu'ils mangeraient plus de pommes ou qu'il les laveraient moins bien si, par exemple, l'Association des producteurs de pommes (Apple Growers' Association) s'engageait à indemniser toutes les victimes d'empoisonnement à l'arsenic après avoir mangé des pommes[1].

La plupart des partisans du risque moral semblent oublier qu'il existe déjà nombre de régimes d'indemnisation sans égard à la faute pour les accidents de travail ou dans les accidents de la route. Rien ne nous permet de croire jusqu'à maintenant que le taux de blessures à l'heure, par habitant, est plus élevé dans un milieu de travail qui indemnise l'employé sans égard à la faute qu'il ne l'est dans un autre milieu. En fait, les données que nous possédons nous incitent plutôt à croire le contraire[2].

Même si on prouve que la négligence s'accroît "de façon marginale" dans un régime sans égard à la faute, il faut alors se demander "combien de personnes sont comprises dans cet écart?" Les avantages d'un régime rationalisé d'indemnisation sans égard à la faute l'emportent-ils encore sur le prix relativement modeste qu'il faut verser pour quelques imprudents? Il est probable que la réponse est positive. Et si les données révèlent que l'écart est assez important (et que les psychologues du risque font erreur), la question du risque moral peut alors être réduite par le biais de primes variables ou de "tarifs pénalisés". Si, ultérieurement, les techniques informatiques se perfectionnaient au point de nous permettre, de facto, de dénombrer et d'identifier les "coupables" d'un risque moral, il serait alors relativement facile d'évaluer la pénalité à leur imposer.

Quoi qu'il en soit, et malgré ce que les marginalistes pourront découvrir à la lumière de leur critique de la psychologie, le risque moral ne pose aucun problème sérieux en ce qui concerne les dommages corporels.

"POUVONS-NOUS NOUS PERMETTRE UN RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS?"

Il est une autre opinion erronée, et courante, selon laquelle un régime universel sans égard à la faute acculerait notre société à la faillite ou, à tout le moins, épuiserait nos ressources financières. Toutefois, les partisans du régime affirment depuis longtemps qu'en fait, cela ne coûterait pas plus cher à la société et que le financement du régime proviendrait des sommes engagées dans les actions. En fait, déclarent-ils, financièrement parlant, la société gagnerait nettement à instaurer un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents.

De prime abord, ce dernier argument semble le plus logique. On réaliserait des économies du fait de l'élimination 1) de la nécessité de poursuivre pour "faute" ou "défaut", 2) de la multiplicité des indemnités provenant de sources différentes, 3) de l'évaluation des compensations à accorder pour "la douleur et la souffrance", 4) des "fuites" provenant de la surindemnisation et de l'indemnisation et 5) du chevauchement administratif inutile.

Des études récentes confirment maintenant la thèse de la réalisation d'économies nettes. La Nouvelle-Zélande n'a enregistré que des problèmes financiers mineurs lorsqu'elle a adopté son régime d'indemnisation[3]. Des données en provenance de l'Australie révèlent que l'adoption d'un régime similaire dans ce pays permettrait une économie quotidienne de près de $1 million[4]. Au Royaume-Uni, la Commission Pearson a conclu que l'adoption d'un régime universel sans égard à la faute permettrait une économie annuelle globale de £ 84 millions[5]. Au Canada, une étude récente a établi qu'il en coûterait à chaque contribuable près de 2 p. 100 de son revenu pour bénéficier d'un régime intégré d'indemnisation qui lui verserait, en cas d'accidents, des prestations annuelles jusqu'à un maximum de $25 000[6].

Tout simplement, les faits prouvent clairement que nous avons les moyens financiers. Et il ne faut pas s'en étonner. Après tout, il est difficile de gaspiller son argent plus que nous ne le faisons aujourd'hui. Pour reprendre les termes de Terry Ison, il est assez paradoxal de justifier par une question de coût la perpétuation du système le plus prodigue et le plus inefficace jamais conçu[7].

"L'INVASION BUREAUCRATIQUE"

D'aucuns affirment que l'assurance-accident universelle amènerait encore plus de bureaucratie au sein de l'administration gouvernementale, déjà trop impersonnelle et légaliste. Ces préoccupations sur l'emprise de l'État sont fondées, particulièrement à notre époque, où l'apathie et l'aliénation du citoyen posent de graves problèmes sociaux.

Pour être francs, nous ne pouvons répondre que par l'affirmative à cette inquiétude. Mais cette bureaucratie n'a nul besoin d'être imposante ou monolithique. Le régime universel d'indemnisation pourrait être planifié dans le cadre des structures actuelles - régimes provinciaux d'assurance-santé, d'indemnisation des accidents du travail, etc. avec une administration décentralisée et régionale. Il pourrait aussi être complètement intégré à un programme polyvalent d'indemnisation des accidents dont l'administration serait centralisée. Il s'agit là, tout simplement, d'une question de conception de l'organisme. "L'invasion bureaucratique" ne découle pas nécessairement de l'instauration du régime.

De toute façon, les risques d'impénétrabilité bureaucratique sont encore plus grands aujourd'hui, avec le fouillis de régimes gouvernementaux d'indemnisation qui sont incohérents et se chevauchent. La rationalisation et l'intégration viendraient accroître la sensibilisation et l'admissibilité des citoyens.

En outre, le seul critère valable pour juger l'appareil bureaucratique n'est pas sa taille, mais son équité et son efficacité générale. Tout bien pesé, un régime sans faute bien défini et bien administré ne peut qu'être plus équitable si on le compare à l'arbitraire du régime fondé sur la responsabilité[8], et nous savons, à la lumière du chapitre V, que la rentabilité du premier par rapport au second est énorme, les frais d'administration étant de 7 à 12 p. 100 de la prime dans le cas du régime sans égard à la faute, contre 50 p. 100 dans celui du régime fondé sur la responsabilité[9].

Quant à savoir si le régime universel entraînera une hausse et non une baisse du "légalisme", l'expérience de la Nouvelle-Zélande jette la lumière sur cette question. Une étude y a révélé que la plupart des réclamations d'indemnisation sont traitées rapidement et équitablement, sans délai, ni décisions injustifiés. En fait, sur quelque 130 000 réclamations présentées en 1977, par exemple, seules 2 689 ont fait l'objet d'une demande de révision et de ce nombre, 807 seulement ont été entendues, soit 0,6 p. 100 des cas[10]. Selon le professeur Geoffrey Palmer, le processus général est "simple" et à l'opposé du formalisme :

> Bien que les faits de certaines demandes de révision puissent être très intéressants du point de vue social, le manque d'intérêt des affaires sur le plan juridique est remarquable. Plus de grandes discussions sur la faute! En lisant les décisions rendues, on est avant tout saisi par la grande simplicité qui caractérise le nouveau régime. Rares sont les décisions qui dépassent deux ou trois pages. Toute la panoplie des procédures qui caractérisaient le procès traditionnel est maintenant chose du passé. Avec le nouveau régime d'indemnisation, c'en est fini des mystères et des dramatisations! Par ailleurs, nombreux sont ceux qui ne recevaient rien en vertu de l'ancien régime et sont maintenant indemnisés, et encore de façon rapide[11].

LES DOMMAGES MORAUX : "ET MON DROIT D'ÊTRE INDEMNISÉ POUR LA DOULEUR ET LA SOUFFRANCE?"

La majorité des partisans du régime d'indemnisation sans égard à la faute prônent l'abolition des demandes d'indemnisation pour les dommages de nature non économique comme "la douleur et la souffrance". Leurs raisons sont de deux ordres : 1) il est impossible d'évaluer

exactement et objectivement les dommages non économiques et 2) la disparition de telles réclamations libérera des sommes qui pourront servir à réparer les dommages matériels plus faciles à évaluer et qui représentent, par conséquent, quelque chose de plus juste à indemniser.

Toutefois, certains auteurs se sont opposés à l'instauration d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents qui nie le droit que la "common law" accorde au requérant, soit d'être indemnisé pour tous les dommages subis, y compris les dommages moraux comme la douleur et la souffrance. Remarquons que cet argument sur les réclamations pour la douleur et la souffrance est soulevé principalement par des avocats. En Nouvelle-Zélande, la disposition sur la somme forfaitaire versée au titre de la douleur et de la souffrance a été intégrée à l'Accident Compensation Act à la demande des avocats surtout[12]. L'Accident Compensation Commission traite maintenant annuellement près de 12 000 réclamations à ce titre, la plupart impliquant l'intervention d'avocats[13]. Cela signifierait-il que ceux-ci ont une raison plus concrète de défendre aussi vivement l'indemnisation de la douleur et de la souffrance?

En fait, les citoyens ordinaires se préoccupent rarement d'être indemnisés pour la douleur et la souffrance. La majorité ne sait même pas que l'on peut faire de telles réclamations. Un sondage effectué récemment aux États-Unis révèle que la plupart des gens préfèrent avoir l'assurance qu'ils seront indemnisés de leurs dommages matériels aux termes d'un régime sans égard à la faute plutôt que de prendre le risque d'être indemnisés ou non, à la suite d'un procès en responsabilité, pour tous leurs dommages y compris la douleur et la souffrance[14]. "Les victimes d'accidents perçoivent, à la différence des avocats, que les accidents sont juste des accidents. Ce qu'ils veulent, c'est être indemnisés rapidement de ce qu'ils ont dû débourser de leur poche et avec un minimum de tracas et de discussions"[15].

Un sondage public récent réalisé par le Michigan Insurance Bureau conclut qu'à l'heure actuelle, 79 p. 100 des citoyens sont favorables à une réduction des indemnités pour douleur et souffrance de manière à obtenir des indemnités pour frais médicaux et pertes de salaire plus adéquates[16]. Cette préférence évidente pour une indemnisation rapide et assurée des préjudices économiques directes au lieu du risque posé par le recours en responsabilité quant à l'indemnisation pour la douleur et la souffrance est également étayée par une enquête exhaustive menée dans l'Illinois auprès de victimes d'accidents. Le professeur Jeffrey O'Connell explique ce qui suit :

> Une enquête menée dans l'Illinois, auprès des victimes qui ont obtenu gain de cause à la suite d'actions en responsabilité intentées contre des tiers, a démontré que rares étaient ceux qui étaient au courant ou qui se souciaient des indemnisations pour douleurs et souffrances. Près des trois-quarts des victimes interrogées n'avaient jamais entendu parler ou ne s'attendaient pas à recevoir de telles indemnisations au moment de l'accident; et la majorité

d'entre elles n'en ont jamais entendu parler par la suite, même si elles avaient fait appel au service d'un avocat! C'est peut-être dû au fait que les avocats prennent leurs honoraires des montants attribués pour douleurs et souffrances et qu'ils n'informent pas leurs clients qu'ils ont obtenu de telles indemnisations. Ceci expliquerait sans doute pourquoi les avocats s'opposent à ce que l'on prive les victimes des indemnisations pour douleurs et souffrances : ce ne sont pas tant les victimes que leurs avocats qui regrettent de telles indemnisations.

L'enquête de l'Illinois a également permis de constater que les victimes d'accidents n'avaient pas appris si elles avaient ou non touché une indemnisation pour douleurs et souffrances. Parmi les victimes qui avaient reçu un montant qui excédait de plus de quatre fois leurs dommages matériels réels (et qui avaient donc été relativement très bien indemnisées pour leurs souffrances), seules 34 p. 100 pensaient qu'elles avaient été indemnisées pour leurs douleurs. Et il n'existait aucune corrélation entre les douleurs éprouvées et les sommes accordées.

L'enquête a également révélé que l'indemnisation pour douleurs et souffrances avait peu d'incidence sur l'état émotionnel des victimes d'accidents. Très rare étaient celles qui, à la longue, gardaient de la rancoeur contre les personnes qui, par négligence, leur avaient causé des dommages corporels. Le fait de recevoir une indemnisation pour douleurs, ou encore le montant de cette indemnisation, a peu de rapport avec le ressentiment que la victime peut éprouver d'un accident. L'indemnisation pour douleurs et souffrances ne modifie pas vraiment non plus l'attitude de la victime à l'égard des autres circonstances ayant entouré l'accident, telle la façon dont la compagnie d'assurance de l'autre partie s'est conduite envers elle. De plus, qu'il y ait réparation des douleurs et souffrances ou non, l'attitude de la victime à l'égard de l'accident, à l'égard de l'autre partie à qui la responsabilité incombe ou à l'égard de la compagnie d'assurance de l'autre partie demeure la même. Par ailleurs, la conviction d'avoir touché une indemnisation pour douleurs ne soulage en rien les douleurs que la victime a éprouvées. Bref, la plupart des victimes d'accidents ignorent l'existence des indemnisations pour douleurs et souffrances, ou sinon, cela leur est indifférent[17].

Il est évident que l'adoption d'un régime sans égard à la faute n'exige pas nécessairement l'abolition des réclamations pour préjudices non économiques. Un tel régime pourrait prévoir la prestation d'une somme forfaitaire destinée à indemniser la douleur et la souffrance.

Nous avons souligné plus haut que la loi néo-zélandaise prévoit une telle disposition. Bien que cela soit possible, nous ne saurions le recommander pour les raisons suivantes :

1) Le "calcul" de l'indemnité correspondant à la douleur et à la souffrance ne repose sur aucun principe et est fondamentalement arbitraire. (L'absurdité du processus tout entier est énoncée assez clairement dans le chapitre V.)

2) Le calcul ne reposant inévitablement sur aucun principe et donnant donc un résultat imprévisible, les réclamations pour la douleur et la souffrance provoquent des litiges, qui représentent un aspect onéreux et improductif du régime sans égard à la faute. Ainsi, en Nouvelle-Zélande, cette dimension litigieuse occasionnée par l'adoption de la disposition sur la douleur et la souffrance a convaincu nombre de critiques de réclamer son abolition.

3) Les avocats semblent être les seuls bénéficiaires d'une protection des préjudices non économiques. Le citoyen moyen victime d'un accident préférerait une indemnisation rapide et relativement sûre aux termes du régime sans égard à la faute. Une étude faite en Nouvelle-Galles du Sud démontre que les indemnités accordées sans égard à la faute et sans tenir compte de la douleur ou de la souffrance sont nettement plus généreuses que celles qui sont versées en tenant compte de la douleur et de la souffrance des victimes[18].

4) L'élimination des réclamations pour préjudices non économiques libérerait des sommes et permettrait ainsi d'accorder des indemnités supérieures pour les préjudices économiques, cette formule reçoit l'assentiment des citoyens.

5) La mise en oeuvre d'un régime universel bien conçu et relativement prévisible d'indemnisation des victimes d'accidents éliminerait la "nécessité" d'une protection des préjudices non économiques. On a constaté que l'indemnisation rapide, aux termes du "régime sans égard à la faute, des dommages subis, y compris les soins pour soulager la douleur, contribue plus largement à alléger la douleur et la souffrance que le régime fondé sur la responsabilité"[19]. Des études neuropsychiatriques ont démontré que l'assurance sans égard à la faute exerce un effet secondaire, celui de réduire le choc psychique, la tension et la "névrose traumatique" ultérieure chez les victimes d'accidents[20].

6) S'il "faut" compenser la douleur et la souffrance par une indemnité pour "punir" le coupable, il serait beaucoup plus pertinent et efficace d'appliquer une sanction selon le code criminel, une amende ou l'emprisonnement par exemple.

L'Ontario Select Committee on Company Law, dans son Report on Automobile Insurance, analyse en profondeur la question de l'indemnisation des préjudices non économiques et conclut de façon très pertinente :

> Le comité reconnaît que les deux thèses qui s'affrontent relativement à l'indemnisation des préjudices non économiques sont une affaire de jugement. Il reconnaît également que tout régime d'indemnisation sans égard à la faute qui assure l'indemnisation des souffrances et douleurs et des autres dommages non économiques ne peut le faire que par le truchement d'indemnités nominales établies arbitrairement. L'attribution d'indemnités pour préjudices non économiques établies en fonction de chaque cas d'espèce ne ferait que perpétuer la situation d'affrontement entre l'assureur et son propre assuré en ce qui a trait à l'évaluation du montant à verser. Par conséquent, il semblerait que ce soit le régime de responsabilité civile qui, plus que tout autre, permette l'indemnisation de tous les préjudices non économiques[21].

LA DISSUASION : "COMMENT PROMOUVOIR LA SÉCURITÉ"

Nous avons vu au chapitre V, que même dans un contexte de "faute" ou de recours en responsabilité civile, l'efficacité de la dissuasion, exercée par le biais du mécanisme de la responsabilité commerciale ou des primes variables, est soit minime soit nulle. De toute évidence,la question de la sécurité des produits se pose avec encore plus d'acuité avec un régime universel d'indemnisation sans égard à la faute. Si la sanction pécuniaire n'est pas un moyen de dissuasion efficace (et jusqu'à maintenant, nous avons de très bonnes preuves que c'est le cas)[22], comment un régime universel d'indemnisation peut-il régler la question des produits dangereux? S'il n'existe aucun moyen commercial ou "général" de dissuasion, comment pouvons-nous promouvoir et réglementer la sécurité des produits? Par le biais, bien sûr, d'un mécanisme de prévention particulier : des règlements de sécurité des produits.

L'adoption d'une législation efficace sur la sécurité des produits est un complément nécessaire à tout régime universel sans égard à la faute. Le gouvernement est-il justifié d'intervenir? Sans l'ombre d'un doute. La majorité des règlements justifient légitimement leur existence par l'incapacité du marché[23], laquelle se manifeste le plus souvent sous les quatre formes suivantes, soit : 1) par des effets "d'entraînement" ou des facteurs indépendants de la volonté des fabricants, 2) par le manque d'information, 3) par un monopole inné et 4) par une concurrence "néfaste"[24]. Dans le domaine des accidents reliés à la sécurité des produits, tant le phénomène des facteurs indépendants de la volonté du fabricant que celui du manque d'information viendraient légitimer, dans une certaine mesure, l'intervention gouvernementale. Nous savons que le fabricant d'un produit n'assume pas la totalité du coût

social des dommages causés par le produit. La combinaison de l'assurance-responsabilité et de l'assurance maladie, sans mentionner les fuites et les distorsions diverses traitées aux chapitres V et VI, représentent des "facteurs externes" assez importants. Une réglementation précise sur la sécurité des produits aiderait à équilibrer le tout. Le fabricant de produits dangereux ou excessivement défectueux serait dissuadé d'en poursuivre la fabrication non par les subtilités de la "prise en compte des coûts sociaux de ses produits", mais plus directement par le biais de la réglementation sur la sécurité des produits.

L'intervention gouvernementale dans ce domaine se justifie par un deuxième argument, le manque d'information de la part du marché.

> La manque d'information est souvent à l'origine de l'incapacité du marché. La spécialisation et la complexité croissantes de la technologie font que la valeur relative de nombreux biens et services ne peut plus s'établir à partir de caractéristiques perceptibles. Mieux que les consommateurs, les fabricants et les fournisseurs sont renseignés sur les produits qui sont mis en vente, sur les sources d'approvisionnement et sur les caractéristiques importantes des biens et services concurrentiels. Ils ont parfois tout intérêt à faire connaître ces faits. Mais dans d'autres circonstances, ils peuvent avoir de bonnes raisons de ne pas dévoiler certains faits ou même de fournir des informations trompeuses. Tel article qui se vend moins cher peut contribuer à accroître le chiffre d'affaires dans la mesure où l'on cache ou présente sous un faux jour les risques que présente son utilisation ou encore sa durabilité limitée. Les gouvernements semblent justifiés d'adopter des règlements en matière d'étiquetage, de normes obligatoires et de licence de fabrication ou de distribution[25].

Les expériences récentes, soit les explosions des bouteilles de Coca Cola et des réservoirs des Pinto, illustrent assez tragiquement la nature et l'importance des lacunes du marché en ce qui concerne l'information sur la sécurité des produits. Ici encore, la réglementation assurerait une protection nettement meilleure.

Ne nous étonnons pas qu'à notre époque, la majorité des gouvernements n'aient pas hésité à prendre des mesures législatives et que, par conséquent, la réglementation sur la sécurité des produits représente, de nos jours, un fait aussi banal. Le Canada ne compte pas moins de 16 lois fédérales et 155 lois provinciales relatives, principalement à la réglementation sur la sécurité des produits[26]. Les plus importantes et les plus connues d'entre elles sont de compétence fédérale. La Loi des aliments et drogues[27], d'abord adoptée en 1890, prévoit une analyse réglementaire minutieuse de divers aliments, drogues, appareils thérapeutiques et cosmétiques. Grâce à un ensemble d'interdictions formelles et de règlements détaillés, la loi veut garantir la sécurité raisonnable

du marché en ce qui concerne la fabrication et la vente des produits et appareils en cause. La Loi sur les produits dangereux[28] est une initiative fédérale plus récente. Adoptée en 1969, la loi prévoit l'interdiction pure et simple de certains produits dangereux et un ensemble de règlement établissant des normes relativement élevées de qualité, d'étiquetage ou d'emballage d'autres produits moins dangereux. Ainsi, les normes adoptées récemment par le gouvernement fédéral en ce qui concerne les lits d'enfants, les sièges d'auto pour bébés et les bouteilles de Coca Cola de 1,5 litre tombent sous le coup de la Loi sur les produits dangereux. Les mesures législatives fédérales sur la sécurité des automobiles et les pneus sont un troisième exemple visible et familier de l'action du gouvernement. La Loi sur la sécurité des véhicules automobiles[29] et la Loi sur la sécurité des pneus de véhicule automobile[30], qui sont respectivement entrées en vigueur en 1971 et 1978, portent toutes deux sur la définition et l'application des normes relatives à la sécurité des automobiles et des pneus des véhicules automobiles. Bien que les hauts fonctionnaires fédéraux ne soient pas habilités à ordonner de "rappels", les pouvoirs assez large de recherche et de saisie, les amendes élevées en cas d'infraction et la persuasion morale officieuse semblent permettre, dans la plupart des cas, d'obtenir les effets souhaités[31]. Il existe, bien sûr, nombre d'autres lois fédérales sur la sécurité des produits, par exemple la Loi sur les explosifs[32], la Loi sur les dispositifs émettant des radiations[33], la Loi sur les produits antiparasitaires[34], et de multiples lois portant des normes précises sur divers produits[35], mais elles sont moins importantes. Les provinces, comme nous l'avons déjà fait remarquer, ont également adopté des lois prescrivant des normes de qualité des produits dans des domaines comme la construction domiciliaire[36], la sauvegarde de l'environnement[37], la manutention de l'essence[38], et la fabrication du mobilier[39]. Nous pourrions apporter d'autres exemples de mesures tant fédérales que provinciales, mais c'est inutile, car l'essentiel est dit : les deux niveaux de gouvernement comptent, à l'heure actuelle, un réseau important de mesures législatives concernant la réglementation sur la sécurité des produits.

L'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents exigera une révision et une évaluation de la réglementation actuelle. La protection du consommateur contre les produits dangereux ou défectueux dépendra étroitement de l'élaboration et de l'efficacité générale des lois sur la sécurité des produits. Diverses questions devront être soumises à un examen rigoureux. Sommes-nous satisfaits de ce que nous avons aujourd'hui? La réglementation sur la sécurité des produits est-elle efficace? Nous faut-il adopter des mesures plus sévères qui confieraient aux autorités gouvernementales compétentes des pouvoirs réglementaires ou administratifs plus importants? S'il nous faut reconstruire le système, comment devrions-nous procéder?

Nous n'avons pas l'intention de répondre à ces questions à cette étape-ci. Il est indéniable que d'avoir à réviser les lois sur la sécurité des produits en fonction de leurs répercussions sur le marché et de leur rentabilité représente une entreprise de taille, qui a cependant

déjà été amorcée. Le Conseil fédéral du Trésor a publié une série d'études traitant, cas par cas, des avantages, au niveau des coûts, de divers règlements fédéraux sur la sécurité des produits[40]. Le Conseil économique du Canada a entrepris une révision complète de la réglementation gouvernementale canadienne[41]. La sécurité des produits représentera une part importante du présent document sur la réglementation. Plus récemment, le Parlement a confié à un groupe d'étude sur la réforme de la réglementation le mandat d'examiner, dans le but de réduire le fardeau du secteur privé, toute réglementation gouvernementale, y compris les objectifs des règlements, leur efficacité, leur impact économique et leur portée sans cesse plus vaste, de proposer d'autres mécanismes permettant d'atteindre les objectifs des règlements; d'éviter les chevauchements des deux paliers de compétence, fédéral et provincial, ainsi que de faire rapport à ce sujet[42]. Le groupe a présenté son rapport au Parlement au début de 1981.

Dans ce cadre, il pourrait s'avérer extrêmement utile de procéder à un examen rigoureux de la réglementation gouvernementale sur la sécurité des produits. Nous pourrions juger que le système actuel fonctionne à merveille, ou alors nous rendre compte que les modifications, voire une reconstruction du système, s'imposent. Quoi que nous décidions, nous le ferons sans contredit en comprenant pleinement que la réglementation gouvernementale est le seul mécanisme durable de dissuasion en ce qui touche la sécurité des produits. La seule question (importante, reconnaissons-le) en est une de conception du système.

LA LIBERTÉ DE CHOIX : "LE RÉGIME SANS ÉGARD À LA FAUTE DOIT-IL ÊTRE OBLIGATOIRE?"

Même ceux qui se sont persuadés que le régime sans égard à la faute constitue une évolution logique peuvent quelquefois s'interroger sur son caractère obligatoire. Pourquoi ne pas adopter un régime sans égard à la faute sur une base volontaire? Les fabricants pourraient choisir de fournir une garantie sans égard à la faute et les citoyens pourraient souscrire à une assurance de ce type à leur gré. Oui, c'est possible. Mais à quel prix? Les données les plus exactes et les plus actuelles révèlent que pour être efficace, le régime devrait être obligatoire. Si des discussions nombreuses ont été publiées sur le régime volontaire ou "facultatif" d'indemnisation sans égard à la faute[43], la majorité s'inspiraient d'informations très incomplètes.

Prenons d'abord les textes traitant de la liberté de choix du point de vue du fabricant. Le professeur Jeffrey O'Connell est le principal tenant de l'argument selon lequel les fabricants devraient pouvoir "choisir" de fournir ou non des garanties sans égard à la faute applicables à leurs produits et, le cas échéant, devraient pouvoir décider de la portée de leur garantie. Dans Ending Insult to Injury, oeuvre impressionnante publiée en 1975, O'Connell développe en profondeur le thème du régime "facultatif", qui serait à peu près le suivant : tout fabricant qui le désirerait pourrait offrir un niveau précis de protection

sans égard à la faute pour certains types d'accidents reliés au produit. Ainsi, un fabricant d'outils électriques pourrait offrir une protection dans les cas d'accidents aux bras et aux jambes, mais conserver les actions en responsabilité civile pour tous les autres types d'accidents. Le niveau de la protection sans égard à la faute serait également stipulé pour chaque cas. Si la victime, acheteur ou utilisateur, choisissait d'être indemnisée sans égard à la faute, elle serait soumise à des critères pré-établis par contrat ou par le biais d'une garantie expresse. Elle ne pourrait pas intenter de recours en responsabilité et ne recevrait aucune indemnité pour les préjudices non économiques.

Selon O'Connell, l'avantage de ce système, pour la victime, serait de recevoir rapidement l'indemnisation prévue. Le fabricant, pour sa part, serait porté à offrir cette formule d'indemnisation sans égard à la faute à cause des économies financières qu'il réaliserait en n'étant pas obligé d'aller devant les tribunaux et en fixant des plafonds modérés d'indemnisation sans égard à la faute applicables à certaines blessures constituant des risques élevés.

Pourquoi Jeffrey O'Connell, critique de longue date du recours en responsabilité civile et défenseur du régime universel d'indemnisation sans égard à la faute, a-t-il choisi d'élaborer cette troisième option qu'est le régime facultatif? La première raison était de nature politique. Il était presqu'impensable que les législateurs américains, qui n'ont pas encore reconnu la nécessité d'un régime équitable d'indemnisation des accidents du travail ou d'une assurance maladie nationale, envisagent sérieusement d'instaurer un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents. De l'avis de M. O'Connell, ce régime est politiquement irréalisable, alors que le régime "facultatif" sans égard à la faute représente au moins une étape dans la bonne voie.

Malheureusement, le régime facultatif d'assurance sans faute serait inapplicable, car il susciterait un problème majeur. En effet, les fabricants intéressés auraient toute latitude de couvrir les risques les plus onéreux et les plus élevés aux termes d'un éventail très modéré d'indemnités accordées sans égard à la faute et de laisser les autres risques de blessures soumises à l'incertitude du recours en responsabilité. Rien ne garantit un niveau d'indemnisation universel ou raisonnable. Et le contraire semble même plus probable. La réparation ne serait ni uniforme ni adéquate; le débat sur l'inclusion ou non de dispositions sans égard à la faute ne ferait que susciter les litiges; les disputes de procédure entre les défendeurs y ayant adhéré et ceux qui l'auraient rejetée engendreraient encore d'autres différends. Tout compte fait, aucun des objectifs de cette théorie solide sur les accidents ne serait atteint. Comme l'affirme, au contraire, le professeur Victor Schwartz, de nouveaux problèmes se substitueraient aux problèmes actuels[44].

La critique de la proposition de M. O'Connell sur le régime facultatif d'assurance sans égard à la faute fut impitoyable[45]. Dès 1979, M. O'Connell avait considérablement modifié sa proposition. Dans The Lawsuit Lottery[46], il décida de donner le choix de l'assurance aux assurés plutôt qu'aux fournisseurs. Les derniers chapitres de cette brillante condamnation du recours en responsabilité du fait des produits sont consacrés à l'élaboration et à la description du fonctionnement de sa nouvelle proposition sur le régime facultatif de protection de l'assuré sans égard à la faute. Les compagnies d'assurance assureraient une protection sans égard à la faute aux personnes intéressées et toute réclamation litigieuse pour un dommage couvert par l'assurance serait renvoyée à l'assureur, qui devrait alors entamer des poursuites contre le responsable et garderait les indemnités accordées. Comme le professeur O'Connell l'explique :

> Le régime d'assurance facultatif sans égard à la faute permet à l'industrie de l'assurance d'aménager le régime de la responsabilité fondé sur la faute tant à son propre avantage qu'à l'avantage du public[...]. Loin d'exiger des changements aussi importants et aussi radicaux que ceux qu'a connus la Nouvelle-Zélande, les contrats d'assurance sans égard à la faute et comportant subrogation de l'assureur dans les droits de la victime contre le tiers responsable peuvent être conclus sans qu'il ne soit nécessaire de modifier les lois existantes. Le régime facultatif de protection de l'assuré sans égard à la faute peut être mis en oeuvre par suite d'une convention arrêtée d'un commun accord entre les parties qui souffrent le plus du régime légal, ce qui ferait disparaître le besoin de recourir aux services des avocats, lesquels sont en fait les seuls à bénéficier vraiment du régime légal qu'ils ont eux-mêmes conçu. Comme le régime facultatif sans égard à la faute ne s'appliquerait que dans les cas où les deux parties contractantes en conviendraient ainsi, il serait possible de choisir un tel régime lorsqu'il semblerait devoir donner de bons résultats et un autre régime lorsque ce ne serait pas le cas; on pourrait vérifier de façon suivie les coûts et les avantages d'un tel régime[47].

Cette proposition sur le régime de l'assuré ne contient pas les mêmes lacunes que le régime antérieur. Cependant, dans ce régime facultatif de protection de l'assuré sans égard à la faute, il faut encore, dans une certaine mesure, avoir recours à l'action en responsabilité. Même si l'action implique les assureurs plutôt que les victimes, le coût social global demeure élevé. Et à quelle fin? L'indemnisation ne serait ni plus uniforme ni plus adéquate. Contracter une assurance sans égard à la faute n'est pas à la portée de tous. De quel "choix" véritable les gens à faible revenu disposeraient-ils? Si la réponse est de subventionner les défavorisés par le biais de régimes à revenu garanti pour qu'ainsi tous puissent "choisir" de prendre une assurance garantissant leur revenu, pourquoi ne pas tout simplement fournir une protection obligatoire?

En outre, si tous ceux qui en ont les moyens souscrivaient à une assurance accident sans égard à la faute, dans quelle mesure l'inquiétude sur la liberté de choix est-elle sincère? Comme le fait observer le professeur Marc Franklin, si la société a quelque avantage à imposer comme règle que tout le monde doit manger, est-il important que certaines personnes exigent le droit de crever de faim même si elles ont l'intention de manger[48]? L'on a peut-être trop exploité cette notion de "choix", notamment dans le domaine de l'indemnisation du préjudice corporel, où nous, en tant que groupe social, avons déjà réduit les choix. Personne ne peut, par exemple, "choisir" de toucher en un seul montant global ses indemnités régulières pour accident du travail ou ses prestations hebdomadaires d'assurance-chômage. Cependant, comme le souligne le professeur Reuben Hasson :

> Si la liberté de choix est à ce point précieuse, il faudrait en faire profiter les personnes qui touchent des indemnités d'accidents du travail, des prestations d'assurance-chômage, des prestations du Régime de pensions du Canada, etc. Elles devraient pouvoir demander à un tribunal de leur accorder une somme globale : "J'ai maintenant 65 ans, je voudrais toucher les prestations que je devrais normalement recevoir en vertu du Régime de pensions du Canada pendant les 10 prochaines années, et je m'engage à ne plus vous faire de demandes de prestations" ou "je suis au chômage; veuillez, s'il-vous-plaît, prévoir pendant combien de temps je serai sans travail et me verser un montant forfaitaire". La marge d'erreur en matière d'assurance-chômage sera moins grande que lorsqu'il s'agit d'évaluer des dommages dans une action en responsabilité. Dans ce dernier cas, les prévisions pourraient porter sur une période de 25 à 30 ans, alors que dans le cas de l'assurance-chômage, elles ne portent jamais sur une période excédant une année, étant donné que les prestations d'assurance-chômage sont accordées sur une période maximale de 12 mois[49].

Personne n'a ce choix, et personne ne devrait l'avoir non plus. Et le professeur Hasson d'ajouter :

> Personne n'a la possibilité de choisir une somme globale. Il y a une très bonne raison à cela : nous ne voulons pas nous tromper dans la détermination du montant à accorder. Nous souhaitons simplement que nos programmes atteignent leurs objectifs, et la création de nouvelles loteries ne figure pas parmi ces objectifs[50].

Enfin, à défaut d'autres arguments, les chances d'instaurer un système privé d'assurance sans égard à la faute qui soit financièrement viable (et tout plan facultatif serait administré par le secteur privé) sont très minces, c'est le moins qu'on puisse dire. Ce point est développé plus loin.

LA CONCEPTION GÉNÉRALE DU RÉGIME : "DOIT-IL ÊTRE ÉTATISÉ?"

La question ne concerne ni le caractère volontaire ni la bureaucratie gouvernementale. Elle a trait plus exactement à l'idée que le marché privé de l'assurance peut administrer un régime universel et obligatoire d'indemnisation des victimes d'accidents et que l'on préconise un régime public pour des raisons idéologiques.

Il est vrai que théoriquement, le secteur privé pourrait administrer un régime d'indemnisation sans égard à la faute. En fait, nous savons que, dans six provinces, le secteur privé continue d'administrer l'assurance-automobile[51]. L'assurance privée n'est pas incompatible avec l'indemnisation sans égard à la faute. Pas plus qu'il n'est évident qu'il est soit nécessaire soit souhaitable que le gouvernement administre les régimes d'indemnisation des victimes d'accidents. Ainsi, l'Ontario Select Committee on Company Law, même s'il recommande l'adoption de l'assurance sans égard à la faute dans le domaine automobile, n'est pas en faveur du fait que le gouvernement administre le régime :

> Le comité, après avoir examiné les diverses caractéristiques des régimes étatisés d'assurance-automobile, a conclu que le régime d'assurance automobile administré par les compagnies d'assurance privées était plus avantageux pour l'Ontario qu'un régime administré par la province[52].

Même si l'on peut trouver d'ardents défenseurs de l'administration, par le secteur privé, d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents[53], la majorité des observateurs sont d'avis qu'une telle administration est vouée à l'échec[54]. Les limitations institutionnelles intrinsèques du marché de l'assurance privée et les impératifs financiers considérables d'un régime efficace de protection sans égard à la faute expliquent pourquoi l'assurance privée est incapable de maintenir un régime d'indemnisation. La concrétisation du régime de protection sans égard à la faute exige un appareil financier en mesure de verser régulièrement et pendant de longues périodes des prestations qui ne sont pas touchées par l'inflation. Cela dépasse nettement le pouvoir financier de l'assurance privée, qui ne peut se permettre d'assurer une protection à long terme contre des inconnues futures, plus particulièrement l'inflation. Pas plus qu'elle ne dispose des modes de financement accessibles au gouvernement. Elle ne peut, notamment, se financer au cours actuel des obligations à terme. Contrairement à l'assurance-automobile ou sur la vie, les incertitudes à long terme de l'indemnisation de l'invalidité exigent une intervention du gouvernement. L'argumentation en faveur de l'étatisation du régime repose sur le pouvoir financier du gouvernement, non sur un parti pris idéologique.

> On semble généralement présumer que le fait de confier la gestion des régimes d'assurance en matière de revenu garanti, soit aux assureurs privés, soit à l'administration publique résulte d'un choix politique. Il en va de même en matière d'assurance-automobile. Tant le secteur

privé que l'État sont en mesure d'assurer le type de couverture qui a généralement cours au Canada. La même situation existe en matière d'assurance-vie. Le secteur privé et l'État sont tous les deux en mesure d'administrer les régimes d'assurance-vie et il serait peut-être logique que ce soit à l'assuré d'opter en faveur de l'un ou l'autre, ou encore que la nature du régime soit déterminée en fonction de quelque facteur extrinsèque, notamment les positions politiques sur le contrôle des investissements.

Mais la situation n'est pas du tout la même en ce qui concerne l'assurance-invalidité. Pour des raisons d'ordre pratique et actuariel, les compagnies d'assurance n'offrent pas et ne sont pas en mesure d'offrir au public un régime universel pour l'invalidité, avec des indemnités à peu près équivalentes au manque à gagner pendant la durée de l'incapacité. Il est tout simplement impossible d'avoir un système d'assurance sur une aussi grande échelle de la part des assureurs privés. Il ne s'agit donc pas d'accepter ou de rejeter l'intervention de l'État dans la gestion du régime pour des raisons d'ordre politique. C'est là le seul moyen d'avoir un tel régime[55].

LES STRATÉGIES À COURT TERME : "L'ADOPTION DE LA RESPONSABILITÉ STRICTE N'EST-ELLE PAS, AU MOINS, UN PAS DANS LA BONNE DIRECTION?

La majorité des législateurs sont d'avis que l'acceptation, l'élaboration et la mise en oeuvre du régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents n'auront pas lieu avant plusieurs années. Il reste, nous le savons, un nombre important de questions, qui seront longues à régler. Parallèlement au débat et à l'élaboration de la rationalisation et de l'intégration du régime, on est tenté d'instaurer le principe de la responsabilité stricte, sous prétexte que "c'est mieux que rien" ou que cela constitue, au moins, "un pas dans la bonne direction".

Ainsi, le professeur Stephen Waddams est d'avis que "l'élaboration du principe de la responsabilité stricte ne nuit en rien à l'adoption d'un régime universel d'assurance-accident", et il laisse entendre que même s'il est fort possible que l'instauration de l'indemnisation universelle des victimes d'accidents soit la meilleure évolution, rien ne justifie que l'un empêche l'autre[56]. L'Ontario Law Reform Commission, dans son Report on Products Liability, démontre également de façon explicite que l'adoption de la responsabilité stricte "ne cherche [en rien] à entraver l'objectif ultime d'instauration éventuelle du [régime universel d'assurance accident]"[57]. Et nous savons qu'au pis-aller, la règle de la responsabilité stricte du fournisseur aiderait à rationaliser ou à éliminer les nombreuses anomalies de notre droit actuel dans le domaine de la vente de la responsabilité du fait des produits[58].

Il faut néanmoins s'opposer à l'obsession académique actuelle de réformer la responsabilité civile délictuelle avec la règle de la responsabilité stricte. L'adoption de la responsabilité stricte est une stratégie à court terme qui n'est ni souhaitable, ni défendable. Premièrement, compte tenu de ce que nous savons, les recours en responsabilité n'intéressent pas, au Canada, la grande majorité des victimes d'accidents, il est arbitraire et moralement insoutenable d'axer la réforme sur la responsabilité civile[59]. Deuxièmement, ce désir peu scrupuleux de rafistoler la responsabilité civile ne fera que perpétuer la confusion actuelle sur l'indemnisation des victimes d'accidents. L'absence de coordination, les anomalies de la protection et le chevauchement improductif des structures administratives (sans oublier l'épuisement continu des ressources financières dans les actions en justice) se poursuivront. Le nombre de personnes vivement intéressées à la structure actuelle augmentera et la mise en oeuvre de réformes plus exhaustives sera retardée, voire annulée. Et à quelle fin? Après tout, la réforme de la responsabilité stricte est tout à fait élémentaire. Même l'OLRC a reconnu que l'adoption de la règle de la responsabilité stricte constitue une modification mineure en comparaison du régime actuel[60]. Adopter la responsabilité stricte en droit n'exercerait qu'une influence négligeable sur les chances, pour le plaignant, d'obtenir gain de cause, car celles-ci n'augmenteraient que de 2 p. 100 seulement[61]. Lorsque l'on pense au pourcentage infime des victimes d'accidents qui intentent des poursuites, la faiblesse de la réforme avec la responsabilité stricte se manifeste avec encore plus d'acuité. Et cela justifie de s'opposer à son adoption. Qui plus est, la réforme de la responsabilité civile risque de faire perdre un temps énorme. Le seul aspect, et le plus inadmissible, de l'attrait exercé présentement par la responsabilité stricte est que le principe exigera, de la part des institutions, beaucoup de temps et d'énergie, qui pourrait être consacrés à d'autres fins. Au lieu de diriger nos efforts vers l'intégration rationnelle et l'élaboration d'un régime équitable et efficace d'indemnisation des victimes d'accidents, nous perdons du temps à débattre des réformes inadéquates, mais onéreuses, de la responsabilité civile.

Lorsque le juge en chef Meredith proposa carrément, en 1913, un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents du travail, certains continuèrent de préconiser la réforme du droit de la responsabilité civile comme stratégie à court terme. Heureusement, la Commission Meredith ne se laissa pas persuader par ces demi-mesures :

> À mon avis, il faut éviter les demi-mesures qui atténuent les injustices, mais qui n'y mettent pas fin[...] la pire erreur consisterait à examiner l'étendue et la nature des dispositions législatives correctrices qui sont proposées en fonction du minimum que le travailleur serait prêt à accepter plutôt qu'en fonction de ce qui lui est le plus équitable[62].

Sa déclaration s'applique avec encore plus de force aujourd'hui. La responsabilité stricte, en tant que "demi-mesure", est non seulement dénuée de fondements, mais faible du point de vue empirique et une pure perte, institutionnellement parlant. C'est une réforme législative rétrograde.

REMISE EN QUESTION : "SI LA RESPONSABILITÉ STRICTE EST AUSSI VIDE DE SENS QUE VOUS LE DITES, POURQUOI UNE TELLE CONTROVERSE?"

L'on peut effectivement s'étonner qu'une réforme du droit de la responsabilité civile comme celle de la responsabilité stricte, qui est insignifiante au point d'être une insulte à l'esprit, suscite tant de controverse. C'est pourtant le cas. Les travaux des différentes commissions de réforme du droit, commissions d'étude et groupes de travail dont nous avons fait état au chapitre I, que ce soit aux États-Unis, au Canada, en Grande-Bretagne ou en Europe, provoquent des débats et des controverses considérables. Il ne sera pas facile d'adopter une règle générale de responsabilité stricte du fournisseur. Il faudra calmer les inquiétudes des divers groupes intéressés, et cela prendra du temps. Cela pourra prendre au moins cinq ans avant qu'on puisse mettre fin aux différentes oppositions. Par la suite, on adoptera la règle de la responsabilité stricte des fabricants de produits défectueux ayant causé des dommages corporels. Mais cinq années précieuses auront été perdues à résoudre une controverse qui n'aurait jamais dû être soulevée.

Cette controverse sur la responsabilité stricte comporte deux aspects. Le premier, celui dont on parle le plus, a trait aux questions relatives à l'assurance-responsabilité des produits; le second s'applique à la mise en oeuvre législative globale du principe. Nous avons discuté, au chapitre I, de la première préoccupation selon laquelle la responsabilité stricte provoquera une "crise" au sein de l'assurance, tant du point de vue des moyens financiers exigés par le régime qu'à celui de son accessibilité. Aux États-Unis, la détérioration du milieu de l'assurance, attribuable, dit-on, à la responsabilité stricte, a fait l'objet d'une étude majeure de l'Inter-Agency Task Force et donné lieu à de multiples "réformes" au niveau des gouvernements fédéral et de chaque État. Les fabricants canadiens craignent qu'avec l'adoption de la responsabilité stricte, une crise semblable survienne au Canada en ce qui concerne la protection offerte par l'assurance-responsabilité des produits[63]. Nous savons que leurs craintes sont totalement dénuées de fondement. Pour toute sorte de raisons, l'adoption de la responsabilité stricte n'aura qu'une influence réduite, sinon nulle, sur le marché canadien de l'assurance-responsabilité des produits. Il faut en premier lieu garder à l'esprit la conclusion de l'étude du IATF : la "crise" du marché américain de l'assurance-responsabilité des produits provenait, dans une vaste mesure, de la panique enregistrée au niveau des tarifs et de ce que les assureurs avaient mal jugé la situation, et, en fait, ni l'accessibilité ni les moyens financiers ne constituaient de problèmes[64]. Même si l'expérience américaine fournissait la preuve du contraire, elle ne s'appliquerait pas au Canada. Le système américain dif-

fère considérablement du système canadien, et le premier est facilement reconnaissable à divers éléments, par exemple : mesures législatives insuffisantes à l'égard de l'indemnisation des accidents du travail, droit d'avoir un procès civil avec un jury, octroi de dommages-intérêts extrêmement élevés, privilèges ad damnum, existence de dommages exemplaires et calcul des honoraires des avocats selon le résultat de l'action. L'étude de Halpern et Carr[65] a traité en détail ces différents facteurs, de même que la Commission de la réforme du droit de l'Ontario, dans son Report on Products Liability[66]. Ces deux études examinent également le marché canadien de l'assurance et concluent que l'adoption de la règle de la responsabilité stricte du fournisseur n'influerait en rien sur le coût de l'assurance-responsabilité des produits.

MM. Halpern et Carr déclarent :

> Ces raisons nous incitent à conclure que le marché de l'assurance-responsabilité continuera d'exister sous un régime de responsabilité stricte des fabricants[...]. Une telle règle entraînera peu de changement au niveau des primes d'assurance[...][67].

L'Ontario Law Reform Commission est d'avis que :

> La preuve empirique[...] nous amène à conclure que l'adoption de la règle de la responsabilité stricte n'entraînerait probablement pas d'augmentation marquée des primes d'assurance en Ontario[68].

Un jour ou l'autre, les inquiétudes soulevées par l'assurance disparaîtront, mais pour laisser place à une autre controverse, cette fois sur la mise en oeuvre législative du régime.

Les préoccupations que formuleront tant les avocats des fournisseurs que ceux des consommateurs des produits porteront, dans ce cas, sur le texte législatif lui-même : sa nature, sa portée, etc. Les risques de débats et de discussions importantes à ce chapitre sont encore plus grands que dans le cas de l'assurance. Nul n'en connaîtra la fin lorsqu'il s'agira de discuter, par exemple :

- sur les types de dommages couverts : dommages corporels à la propriété, dommages purement économiques
- sur les types de produits visés :produits pharmaceutiques, pièces de rechange, produits naturels
- sur les défendeurs : tous les fournisseurs seront-ils touchés? et le fournisseur non direct?
- sur les demandeurs : la loi s'appliquera-t-elle uniquement aux acheteurs? à tous les utilisateurs? et aux spectateurs?

- sur les moyens d'exonération : conformité aux règles de l'art ou aux normes gouvernementales, acceptation des risques, faute de la victime

- sur les prescriptions

- sur les clauses de désistement et "renonciation par contrat"

- sur la contribution et l'indemnisation

- sur la procédure : procès devant jury? recours collectif?

- sur les problèmes de conflit de lois : problèmes du fournisseur de l'extérieur de la province, de juridiction, de choix de la loi applicable

Par la suite, ces préoccupations sur la nature et la portée du régime seront aussi résolues et la responsabilité stricte sera adoptée. Il aura fallu cinq années précieuses pour procéder à une réforme législative dénuée de fondements, insignifiante et, somme toute, rétrograde.

Il est malheureux que ce genre de modifications controversables, mais élémentaires, puisse réellement se concrétiser. Comme le souligne si judicieusement Jeffrey O'Connell :

> Nous, les avocats, avec notre fascination pour nos propres ratiocinations vigoureuses et élégantes, lesquelles ne tiennent pas compte des questions importantes et il nous faut des années, sinon des siècles, pour régler les questions les plus futiles, nous avons causé les malheurs presque inimaginables que le régime de responsabilité extra-contractuelle inflige à tout le monde (sauf aux avocats).
>
> Il est grand temps que nous, les avocats, nous cessions de nous raconter des histoires, à nous et à notre clientèle, avec notre verbiage futile et interminable qui porte sur de petites contradictions et néglige les questions les plus importantes. Il est grand temps d'entreprendre des réformes législatives ambitieuses au lieu de s'en remettre à un régime de responsabilité extra-contractuelle pénible et douloureux qui va de décision en décision, caractéristique de la common law, un régime qui fascine les professeurs de droit, procure des revenus importants aux avocats et a peu d'avantages pour le public[70].

L'INSATISFACTION : "SI L'ARGUMENTATION SUR LE RÉGIME UNIVERSEL D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS EST AUSSI EXPLICITE QUE VOUS LE DITES, POURQUOI N'ADOPTE-T-ON PAS LE RÉGIME"?

Certains progrès ont réellement été accomplis. Le Québec a adopté un régime universel d'assurance-automobile sans égard à la faute en ce qui concerne les dommages corporels résultant d'un accident d'auto. Entre temps, la plupart des provinces se penchent sur la question des accidents causés par les produits à travers les glaces déformantes de la réforme de la responsabilité civile. Pourquoi? Pourquoi tarder tant à entreprendre une véritable réforme du droit? Selon nous, pour trois raisons :

1) Une affaire de temps. La concrétisation du régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents exige, au préalable, la disparition des nombreuses conceptions erronées sur la responsabilité avec ou sans faute. Ceux qui élaborent les politiques doivent comprendre les dimensions de la question des accidents reliés à un produit, ainsi que la nature et la portée du système actuel d'indemnisation de l'assuré sans égard à la faute. Le potentiel mythique et la soi-disant pertinence du système des recours en responsabilité civile doivent être mis au grand jour et ses lacunes graves et coûteuses, reconnues. Enfin, il faut analyser et vérifier les données emiriques dont nous disposons aujourd'hui et débattre de leurs répercussions. Par la suite, la logique du régime universel d'assurance accident s'imposera et l'on adoptera les mesures législatives pertinentes. Mais pour cela, il faudra faire de gros efforts pour éduquer le public et cela prend beaucoup de temps.

2) L'influence très forte des groupes d'intérêt qui veulent maintenir le statu quo. Deux groupes particuliers ont tout intérêt, financièrement parlant, à préserver le statu quo : les entreprises d'assurance et les avocats. Les répercussions financières de l'assurance-accident universelle sur les entreprises privées d'assurance-responsabilité sont énormes. Si le régime est adopté, elles perdront une part importante de leurs revenus et de leurs fonds d'investissement.

Les données révélées par un comité du Congrès chargé d'examiner les pratiques de l'industrie américaine de l'assurance illustrent bien à quel point les assureurs sont prêts à s'opposer à l'adoption de la responsabilité stricte (sans parler de l'assurance universelle). Le Sub-Committee on Capital, Investment and Business Opportunities du House Committee on Small Business (le LaFalce Committee) a fait état, dans un rapport publié en mars 1978, que même les sociétés d'assurance réputées diffusaient une publicité trompeuse, falsifiaient des données et faisaient preuve d'une "attitude irresponsable" dans le but de gagner les Américains à leurs vues. Il a établi que l'Insurance Services Office lui-même, cet important organisme de tarification, avait adopté des "pratiques abusives" comme inventer des données et falsifier des données défavorables. Le rapport final du sous-comité conclut que la conduite

des sociétés d'assurance est "révoltante"[71]. Il apparaît donc que lorsque les enjeux financiers sont suffisamment importants, même les assureurs de prestige peuvent se laisser prendre à exercer les pressions les plus fortes, voire à faire preuve d'une malhonnêteté flagrante. Ceci ne se veut pas une critique de l'éthique des assureurs canadiens. Rien ne porte à croire que la même chose se passe au Canada. Nous faisons état de l'expérience américaine pour que l'on sache bien que les compagnies d'assurance constituent un groupe de pression influent et tenace et qu'à l'heure actuelle, il est le principal obstacle politique à une réforme rationnelle du droit.

Le Barreau canadien représente un groupement d'intérêts tout aussi important, même s'il est plus effacé et un peu moins influent. L'enjeu financier du système actuel, pour les avocats, est également manifeste et considérable. Le professeur Calabresi remarque qu'il ne faut pas s'étonner de ce que certains des avocats les plus acharnés de l'équité du régime de la faute sont ceux-là mêmes qui profitent de ses défauts[72]. C'est dire les choses de façon peut-être un peu rude, mais non sans une certaine part de vérité. Il est indéniable que les avocats possèdent un intérêt financier et philosophique considérable face au présent système. Les actions en responsabilité constituent une pratique lucrative pour beaucoup d'entre eux. Ceux pour qui ce n'est pas la seule source de revenu apportent leur support par leur attachement aux droits de la personne et à la tradition établie par la common law. Toutes ces années d'études, avec l'analyse des jugements et la façon subtile de montrer aux étudiants la supériorité institutionnelle et la pertinence de la common law, ont laissé leur marque. Aujourd'hui, peu d'avocats peuvent secouer ces préjugés et déformations doctrinales pour mesurer objectivement le potentiel et la pertinence générale de la common law, notamment dans le domaine des accidents. Les quelques rares personnes qui y sont parvenues, Terry Ison, Patrick Atiyah et Jeffrey O'Connell par exemple, ont réussi à atteindre un niveau de savoir remarquable et convaincant. Toutefois, la majorité des avocats, et, malheureusement, certains d'entre eux se retrouvent au sein des commissions provinciales de réforme du droit, n'ont encore ni lu les textes à ce sujet ni reconnu leur valeur. Les enjeux financiers et philosophiques sont tout simplement trop grands.

3) <u>L'absence de puissants groupes de presssion favorables à la réforme</u>. Ceci sera probablement l'unique obstacle à l'adoption de l'assurance accident universelle dans un avenir rapproché, et il est de taille. Comme le souligne Terry Ison :

> Il est possible que le plus grand problème, du point de vue politique[...] ne découle pas de la force des intérêts qui pourraient s'y opposer, mais plutôt de l'absence de tout groupe de pression qui pourrait lui être favorable. La majeure partie des revendications politiques des personnes invalides en matière de sécurité du revenu a été

> généralement le fait de personnes souffrant d'un certain type d'invalidité ou encore d'organismes qui cherchaient à obtenir des prestations ou à les améliorer dans le cadre de régimes existants. En ce qui concerne l'adoption d'un régime d'assurance-sociale plus avancé et universel, comme nous l'avons mentionné précédemment, les personnes qui sont actuellement invalides ne sont pas organisées et ne peuvent donc exercer aucune pression politique, et celles qui le deviendront ne peuvent même pas être identifiées[73].

Tant que le mouvement syndical ne s'impliquera avec plus de cohérence et de force ou qu'un nouvel organisme national exerçant des pressions en faveur de l'assurance invalidité universelle ne sera pas formé, tout ce qui parviendra aux oreilles des législateurs continuera à être excessivement partial et démesurément influent.

L'information, les puissants groupes de pression favorables au statu quo, le nombre très restreint de groupes prônant la nécessité d'une réforme, tous ces facteurs peuvent aider à comprendre le fait que la majorité des provinces n'aient pas encore procédé à une réforme suffisante du droit. Il existe peut-être une autre raison, toutefois, relative à l'essence même d'une réforme du droit à notre époque. Le professeur Francis Cornford, de l'université de Cambridge, a avancé que rien de véritablement sérieux n'est jamais accompli tant que tous ne sont pas convaincus que des changements s'imposent sur-le-champ et qu'ils sont persuadés depuis déjà très longtemps que le moment est déjà venu de passer à autre chose[74]. C'est un peu cynique, mais pas totalement faux. Peut-être existe-t-il, dans la dynamique de la réforme du droit à notre époque, un élément qui récompense la faiblesse et l'irrationnel et empêche toute réforme véritable. Peut-être, un jour, les anthropologues juridiques pourront-ils nous fournir quelques réponses. Entre temps, nous ne pouvons qu'avancer les preuves, rassembler les arguments et espérer pour le mieux. Les responsables canadiens nous surprendront peut-être en mettant cette idée stupide de la responsabilité stricte au panier. C'est pourtant là sa place. Il est par ailleurs plus probable, même compte tenu de l'abondance des données et des documents que nous possédons déjà, que la lutte pour l'adoption du régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents sera ardue. Nous finirons bien par la gagner, mais cela prendra du temps, peut-être des dizaines d'années. D'ici là, comme le dit Patrick Atiyah, "il faut persévérer en se disant que la logique doit finir par l'emporter"[75].

RÉFÉRENCES

1. Dorfman (1970-1971) p. 102.

2. Les accidents à la maison sont en fait plus fréquents et plus graves. Voir supra, chap. I.

3. Supra, note 16, chap. II et le texte qui l'accompagne.

4. Woodhouse, J., Symposium de Calgary (1979) p. 32.

5. Ces calculs sont présentés en détail dans Atiyah (1979) p. 242.

6. Exposé CUPE (1980).

7. Ison (1977b) p. 400.

8. Voir l'analyse exposée aux chap. V et VI. Toutefois, certains problèmes demeurent. Voir notamment "WCB Called a Biased, Nightmarish Jungle, By OLF", Globe and mail (27 août 1980) p. 1. Voir infra, chap. IX.

9. Voir la preuve exposée au chapitre V.

10. Szakats (1978) p. 1.

11. Palmer (1977) p. 3.

12. Id., p. 25.

13. Id., pp. 19-25.

14. O'Connell (1975b) p. 115.

15. Id.

16. Traité dans O'Connell (1979) pp. 173-174.

17. Id., p. 194.

18. Woodhouse, J., Symposium de Calgary (1979) pp. 32-33.

19. O'Connell (1979) p. 195.

20. Id., p. 196.

21. Ontario Select Committee on Company Law (1978) p. 51.

22. Atiyah (1975a) p. 520 et 550 et Ison (1967) p. 92-93. M. Geoffrey Palmer préconisait divers degrés de sanction dans le cadre du régime néo-zélandais, mais il s'est depuis ravisé. Il est maintenant d'avis que l'application de primes variables est inutile. Voir Palmer (1977) pp. 34-36.

23. Conseil économique du Canada (1978). Voir également Trebilcok, Waverman et Prichard (1978).

24. Conseil économique du Canada (1978) p. 17.

25. Conseil économique du Canada (1979) p. 14.

26. Id., p. 6.

27. S.R.C. 1970, c. F-27, modifiée.

28. S.R.C. 1970, c. H-3, modifiée.

29. S.R.C. 1970, (1er supp.) c. 26, modifiée.

30. S.C. 1974-1975-1976, c. 96, modifiée.

31. Steinecke (1980a) pp. 9-10.

32. S.R.C. 1970, c. E-15, modifiée.

33. S.R.C. 1970, (1er supp.), c. 34.

34. S.R.C. 1970, c. P-10.

35. Notamment la Loi sur les normes des produits agricoles du Canada, S.R.C. 1970, c. F-13; la Loi sur les produits laitiers du Canada, S.R.C. 1970, c. D-1; la Loi sur les animaux de ferme et leurs produits, S.R.C. 1970, c. L-8, et la Loi sur l'inspection des viandes, S.R.C. 1970, c. M-7. Voir Steinecke (1980a) p. 4.

36. En Ontario, la Building Code Act, S.O. 1974, c. 74, serait un exemple.

37. Voir notamment l'Environmental Protection Act, S.O. 1971, vol. 2, c. 86. Cette loi contient des dispositions sur les contenants pour le lait et les boissons gazeuses, outre les articles ayant un but plus évident.

38. Notamment la Gasoline Handling Act, R.S.O. 1970, c. 189.

39. Notamment l'Upholstered and Stuffed Articles Act, R.S.O. 1970, c. 474, modifiée.

40. Voir notamment Conseil du trésor (1978) et (1980). Ont également été publiées des études de rentabilité relatives à la réglementation sur la radioactivité de l'uranium, les normes d'isolation, les effluents des raffineries de pétrole et les normes d'étiquetage des réfrigérateurs relativement à la consommation d'énergie.

41. Voir Conseil économique du Canada (1978) et (1979).

42. Chambre des communes, Parliamentary Task Force on Regulation Reform: Discussion Paper (1980) p. 1.

43. Voir notamment Blum et Kalven (1973).

44. Schwartz (1975).

45. Voir notamment Smith (1977-1978) et les ouvrages critiques mentionnés ici.

46. O'Connell (1979).

47. Id., pp. 199 et 200.

48. Franklin (1967) p. 797.

49. Hasson, Symposium de Calgary (1979) p. 39.

50. Id.

51. En Saskatchewan, au Manitoba, en Colombie-Britannique et au Québec, l'assurance-automobile est régie par l'État. Voir supra, chap. III.

52. Ontario Select Committee on Company Law (1978) p. 104.

53. Voir notamment Sherman (1979) p. 119.

54. Hasson (1976) p. 454.

55. Ison (1977b) p. 393.

56. Waddams (1980) p. 269.

57. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 63.

58. Supra, note 57, chap. 1, et le texte qui l'accompagne.

59. Voir le chapitre V.

60. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 65.

61. Hasson (1978).

62. Ontario, Rapport Meredith (1913) p. XIX.

63. "The Product Goes on Trial", Financial Times (4 février 1980) p. 7.

64. IATF (1977c) p. XXXV. Voir aussi supra, note 10, chap. I, et le texte qui l'accompagne.

65. Halpern et Carr (1981). Voir en particulier le chap. 5.

66. Ontario Law Reform Commission (1979b) pp. 72-78.

67. Halpern et Carr (1981) pp. 71 et 76.

68. Ontario Law Reform Commission (1979b) p. 78.

69. Ces questions sont traitées de façon très détaillée dans le Ontario Reform Commission (1979) pp. 79-124. Pour une excellente analyse de ces questions, voir Sharpe (1981).

70. O'Connell (1975b) p. 67.

71. United States, House Committee on Small Business, Sub-Committee on Capital, Investment and Business Opportunities (1978).

72. Calabrasi (1970) p. 311.

73. Ison (1977b) p. 395.

74. Cornford (1953) p. 2. Cité dans Zander (1979) p. 490.

75. Atiyah (1979) p. 254.

Chapitre IX

UN PLAN D'ACTION POUR L'AVENIR

L'acceptation du principe du régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents constituerait un progrès social et politique considérable. Il reste cependant encore énormément de recherche à faire avant que ce concept devienne une réalité au Canada. Nous allons maintenant exposer brièvement la façon dont, à notre avis, ces recherches devraient être effectuées.

1) Une meilleure compréhension des régimes existants d'assurance sans égard à la faute. Nous connaissons déjà la nature et les incidences financières des régimes publics sans égard à la faute, mais il serait utile de recueillir des données plus précises concernant, entre autres, le nombre de bénéficiaires, les montants versés et la rentabilité. Il s'agirait d'effectuer des recherches plus poussées afin de classer toutes les données pertinentes selon chaque régime particulier. Si les divers paliers de gouvernement acceptent de collaborer, ces recherches ne devraient pas coûter trop cher.

2) Une meilleure compréhension du système de l'assurance-responsabilité civile et des recours en justice. Des études en ce sens permettraient non seulement d'appuyer davantage sur le plan empirique l'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute, mais aussi d'examiner l'économie qui pourrait être réalisée grâce à l'abolition des recours en responsabilité civile. Au Royaume-Uni, la Commission Pearson en est arrivée à la conclusion que les recours en responsabilité n'existaient que dans 6,5 p. 100 des cas d'accidents, coûtait environ £375 millions et qu'en l'abolissant, on réaliserait une économie nette de quelque £84 millions[1]. Il devrait être possible d'en arriver aux mêmes résultats au Canada (en observant la méthode proposée par la Commission Pearson).

3) Étude du fonctionnement des régimes sans égard à la faute existants et des problèmes rencontrés. Avant de pouvoir élaborer un système universel efficace d'indemnisation des victimes d'accidents, il serait important de recueillir des données détaillées sur les systèmes existants pour découvrir dans quelle mesure ils sont efficaces et en cerner les problèmes. Des questions d'ordre pratique et politique ont soulevé beaucoup de mécontentement dans les secteurs de l'assurance-maladie provinciale et de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail[2]. Relativement à l'assurance-maladie provinciale, il faudrait analyser notamment les aspects suivants : protection, prestations, participation des médecins, financement, partage des coûts entre le fédéral et le provincial. Quant à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail, il faudrait examiner les critiques relatives à la protection et aux prestations, à l'étude des dossiers ainsi qu'aux procédures d'audition et d'appel. Les problèmes que pose l'administration des divers

régimes d'assurance fédéraux (décrits au chapitre III) seront également examinés. Plusieurs études sont déjà en cours[3] et fourniront sans aucun doute des données de base fort utiles.

4) L'organisation de l'ensemble du système. Quand nous connaîtrons les caractéristiques des régimes d'assurance sans égard à la faute et leur portée, nous pourrons travailler à l'organisation de ces régimes. Le régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents doit-il chapeauter les structures existantes sous réserve de quelques modifications? Faut-il plutôt concevoir un nouveau programme avec une structure indépendante? Quelle que soit la solution adoptée, comment seront réglés les problèmes relatifs au chevauchement des compétences fédérales et provinciales? Les provinces devraient-elles avoir une compétence exclusive en matière d'indemnisation en cas d'invalidité ou serait-il préférable de répartir autrement les pouvoirs? C'est ce genre de questions, entre autres, qu'il faudra étudier et résoudre.

5) La structure législative. Comment le projet de loi devrait-il être rédigé? Que devrait-il couvrir? Quels types de prestations seront versées? À quelles conditions? Faudrait-il inclure les dommages non-économiques? Quelles seront les conditions d'admissibilité? Qu'adviendra-t-il des travailleurs indépendants, des enfants, des personnes sans emploi et des touristes? Les questions portant sur la structure législative sont nombreuses et dans certains cas complexes. Il sera intéressant ici d'examiner la situation en Nouvelle-Zélande[4]. Il serait bon de débuter par la récente étude de Terry Ison[5] sur l'indemnisation des victimes d'accidents en Nouvelle-Zélande.

6) La structure administrative. Comment le régime sera-t-il administré? Il faudra porter une attention spéciale aux questions suivantes : participation, effectifs, procédures d'audition et d'appel. L'ouvrage susmentionné et l'examen de la situation en Nouvelle-Zélande s'avèrent en l'occurrence également utiles.

7) La structure financière. Comment le régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents sera-t-il financé? Doit-on taxer les employeurs et les conducteurs? Imposer une taxe sur l'essence? Qu'adviendra-t-il des accidents des personnes à la maison ou qui n'ont pas d'emploi? Ces dernières seront-elles protégées quand même? Qu'adviendra-t-il de la formule des primes variables? Sera-t-elle applicable? Devrait-on la mettre à l'essai? Comment sera-t-elle conçue? Il faudra résoudre toutes ces questions. Les ouvrages sur ce sujet sont nombreux[6] et pourraient aider à la recherche dans ce domaine.

8) Poursuivre la réglementation en matière de sécurité dans un but de dissuasion. Comme nous l'avons expliqué au chapitre VIII, dans le contexte de l'indemnisation universelle des victimes d'accidents, la dissuasion ne peut s'opérer que par une réglementation précise en matière de sécurité des produits. Nous sommes déjà dotés d'un nombre considérable de lois fédérales et provinciales concernant la sécurité des

produits, mais nous les connaissons peu. Sont-elles vraiment efficaces? Devrions-nous en avoir d'autres? Les amendes sont-elles satisfaisantes? Les pouvoirs administratifs devraient-ils être plus étendus, en particulier le pouvoir de rappeler ou d'interdire un produit? Des études récentes menées par le Conseil du Trésor[7], par le Conseil économique du Canada[8] et par la Consumer Product Safety Commission[9] aux États-Unis constituent des ouvrages pertinents et très utiles relativement à la structure réglementaire.

9) Stratégies d'éducation du public. L'éducation du public constitue l'une des plus grandes difficultés. L'implantation d'un nouveau régime global d'indemnisation des victimes d'accidents pourrait semer la confusion et intimider beaucoup de gens. Comment concevoir le programme d'éducation du public? Quelles stratégies publicitaires ou d'information adopter? Comment simplifier la paperasserie? Il faudra notamment effectuer d'importantes études inter-disciplinaires sur les techniques d'information, la psychologie de l'éducation, la vulgarisation, le marketing et les modes de comportement. On n'inistera jamais assez sur l'importance d'informer le public et de gagner sa confiance.

10) La recherche sur l'élargissement éventuel du programme en vue d'englober toutes les formes d'incapacité dont la maladie. Il se peut que certaines provinces aillent de l'avant et étendent la protection à toutes les formes d'invalidité, y compris la maladie. Il est cependant plus probable qu'à court terme du moins, le régime global d'assurance sans égard à la faute se limite à l'incapacité du fait d'un accident. La distinction qui existe entre le traumatisme et la maladie ne peut toutefois être invoquée. Elle n'a pas de fondements logiques. Le principe empirique de la priorité ne s'applique pas non plus. La principale cause d'incapacité dans notre société n'est pas l'accident mais la maladie[10]. Quelque 90 p. 100 des cas d'incapacité sont reliés à la maladie[11]. Pour que le régime global d'indemnisation en cas d'incapacité s'applique à la grande majorité des Canadiens souffrant d'incapacité, il faut que soient incluse la maladie. Il est clair que c'était le but visé par la Saskatchewan[12]. C'est également à cette conclusion qu'en arrive le National Committee of Inquiry on Compensation and Rehabilitation en Australie[13]. Les incidences financières de l'élargissement inévitable et éventuel du programme universel d'indemnisation des victimes d'accidents devront être soigneusement évaluées.

L'intérêt des recherches proposées ci-dessus n'est pas uniquement théorique. Ces recherches sont absolument essentielles pour que le régime d'indemnisation des victimes d'accidents puisse être mis en oeuvre au Canada avec succès. Il serait vraiment dommage que les provinces passent à l'action sans la préparation nécessaire au préalable. Si le régime universel est mal conçu ou instauré prématurément, il risque de s'effondrer rapidement en raison de l'inefficacité administrative. L'application du concept général du régime global d'indemnisation en cas d'invalidité serait alors retardée de plusieurs années. Nous recommandons par conséquent aux responsables de l'élaboration de la politique d'agir, mais prudemment. Il vaut mieux prendre une ou deux années de plus afin de ne pas se tromper.

RÉFÉRENCES

1. Henderson (1976) pp. 420-421.

2. Voir notamment "WCB Called a Biased, Nightmarish Jungle, by OFL", Globe and Mail (27 août 1980) p. 1.

3. Voir supra, note 5, chap. IV. Le rapport Hall vient d'être publié. Voir "Restrict MDs' Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told", Globe and Mail (4 sept. 1980) p. 1. L'étude Weiler sur la Commission des accidents du travail de l'Ontario sera terminée en 1981.

4. Voir en particulier Gaskins, 1980.

5. Ison (1980).

6. Supra, note 22, chap. VIII. Voir aussi Brown (1979).

7. Supra, note 40, chap. VIII.

8. Voir Conseil économique du Canada (1978) et (1979).

9. Pour l'historique relatif à cette question, consulter la Consumer Product Safety Act: Text, Analysis, Legislative History, BNA, 1973. Pour une analyse générale du CPSC, voir "Special Issue: The Consumer Product Safety Commission" (1975) 43 Geo. Wash. L. Rev. 1001; Brodsky et Cohen (1974); Scalia et Goodman (1973). Voir aussi Hosmer (1976). D'autres articles figurent dans (1974) 2 Holfstra L.Rev. 619, p. 635, n° 45.

10. Ison (1977b) p. 398 et Atiyah (1975a) p. 358.

11. Atiyah (1975a) p. 19.

12. Welsh (1980) p. B-8.

13. Australie (1974).

Chapitre X

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Le présent chapitre résume les conclusions et recommandations formulées dans les neuf chapitres précédents. Nous avons dressé la liste des conclusions par chapitre afin de fournir au lecteur un aperçu global du rapport avec une suite logique. Les cinq principales recommandations sont énoncées ci-après.

I. La responsabilité du fait des produits : évolution et situation actuelle

Le problème des dommages causés par des produits a pris une ampleur considérable au Canada. Chaque année, environ 3,5 millions de Canadiens subissent des blessures causées par des produits (2,4 millions se blessent à la maison); 11 000 Canadiens sont atteints d'invalidité permanente et de trois à cinq mille se tuent. Le coût social total dépasse $2 milliards par année. Presque tous les projets récents de réforme du droit, tout comme les changements apportés à la législation et à la jurisprudence, vont dans le sens d'une réforme de la responsabilité civile (avec l'adoption de la responsabilité stricte) pour faire face au problème des blessures causées par des produits.

II. Le débat sur la question de la responsabilité du fait des produits : où devrions-nous en être?

Le débat actuel sur la responsabilité du manufacturier est faussé tant sur la portée que sur le contenu de la question. On présume qu'il vaut mieux réformer le régime de la responsabilité civile (responsabilité stricte) sans même tenir compte des nombreuses recherches empiriques qui prouvent le contraire. Le problème de la responsabilité du fait des produits n'est pas placé dans son contexte. On refuse de tenir compte des données et de la documentation existantes qui proposent d'autres approches, ou même d'admettre la pertinence des récents progrès réalisés dans d'autres juridictions.

III. La responsabilité du fait des produits et l'indemnisation des victimes d'accidents au Canada de nos jours

L'indemnisation des victimes d'accidents au Canada tient essentiellement aujourd'hui à un ensemble de régimes fédéraux et provinciaux d'indemnisation sans égard à la faute qui, *per capita*, ont une plus grande incidence sociale et financière sur le

Canadien victime d'un préjudice corporel ou atteint d'invalidité que le recours en responsabilité civile devant les tribunaux. Ces régimes d'indemnisation sans égard à la faute sont importants du point de vue financier ($5,5 milliards par année), mais ils sont disparates, inégaux et mal coordonnés.

Actuellement, l'indemnisation des victimes d'accidents se fait par un méli-mélo des différents régimes basés sur la faute et d'autres sans égard à la faute, qui ne réussissent qu'à semer la confusion chez les Canadiens victimes de blessures. La question primordiale n'est pas celle de la responsabilité stricte mais bien celle de l'organisation de l'ensemble du système. Devons-nous poursuivre nos politiques disparates ou tenter de rationaliser et d'uniformiser nos méthodes? Dans ce débat de l'organisation de l'ensemble du système, il importe de se demander dans quelle mesure l'assurance sociale fait déjà partie intégrante de nos structures politiques.

IV. Responsabilité du fait des produits et assurance sociale : tendances et propositions

Au Canada, l'assurance sociale est un phénomène puissant qui prévaut aujourd'hui. Même si certains programmes existants soulèvent parfois le mécontentement, la valeur fondamentale et le bien-fondé de régimes comme celui de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail ou l'assurance-maladie provinciale ne se discutent même plus. Ces programmes d'assurance sociale ne sont pas appelés à disparaître. Tout indique que l'élargissement des mesures d'assurance sociale se poursuivra tant au Canada que sur le plan international.

La raison première de ce passage à une approche institutionnelle en matière de sécurité sociale est cette préoccupation de plus en plus grande de la société en ce qui concerne l'invalidité et l'indemnisation des victimes d'accidents. Que cette tendance reflète un sens civique accru ou soit simplement un impératif financier, l'accent mis sur l'indemnisation de la victime tend nécessairement vers l'adoption d'un régime global sans égard à la faute.

Malgré les recherches effectuées et les données considérables à l'appui du bien-fondé et de l'application d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents, d'aucuns prétendent encore qu'il faut conserver le recours en responsabilité civile. Afin de nous convaincre une fois pour toutes du bien-fondé du fait de garder le mécanisme dans les cas de blessures causées par des produits, il convient de réexaminer tous les arguments avancés de part et d'autre.

V. Responsabilité civile et réparation du préjudice

Les défauts du recours en responsabilité civile comme moyen de réparation des blessures causées par des produits sont nombreux : la protection inadéquate, l'aspect "loterie" du recours, le caractère arbitraire inhérent à l'évaluation des dommages, les retards indus, les frais exhorbitants et le fait que même les "gagnants" perdent. Ces lacunes ont été abondamment traitées dans les ouvrages en la matière. En effet, il se dégage un consensus sur le point suivant : si la réparation constitue la seule raison justifiant le maintien de la responsabilité civile dans le cas d'un accident causé par un produit, nous ne sommes pas fondés de continuer à y avoir recours.

VI. Responsabilité civile et prévention des accidents

L'argument selon lequel la responsabilité civile est un bon moyen de prévention n'a pas de fondements ni théoriques, ni empiriques. La théorie de la dissuasion est très boiteuse. Dans la pratique, c'est encore pire. Les actions en responsabilité ont très peu d'effet préventif en raison de la combinaison des problèmes suivants : le manque d'initiative des victimes, l'inefficacité des tribunaux, l'iniquité des sanctions, les écarts en matière d'assurance et la facilité de contourner les règles. De fait, étant donné l'existence de l'assurance-responsabilité et la possibilité d'établir des primes personnalisées dans un régime d'indemnisation sans égard à la faute, le débat entourant la question de l'aspect préventif manque tout à fait d'à-propos.

VII. Un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents

La question du régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents se résume en dix points :

1. Les cas d'invalidité suite à des accidents mettant en cause des produits constituent un problème social important.

2. Près de 75 p. 100 de toutes les blessures accidentelles ne sont pas reliées au travail. Toutefois, ce sont dans les cas d'invalidité de courte ou de longue durée par suite de blessures non reliées au travail que les régimes d'assurance sont le moins efficaces.

3. Notre approche actuelle de l'indemnisation des victimes d'accidents consiste en un nombre effarant de régimes basés sur la faute et de régimes sans égard à la faute; ceux-ci sont onéreux et mal coordonnés, c'est pourquoi il est essentiel de les rationaliser et de les uniformiser.

4. L'idée de conserver le recours en responsabilité civile, même en supposant l'adoption de la responsabilité stricte, ne peut se justifier. La responsabilité civile échoue lamentablement tant comme moyen de réparation que de prévention. C'est l'évidence même.

5. Quant au principe de la réparation, tous conviennent que l'assurance individuelle sans égard à la faute serait grandement supérieure. Un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents serait non seulement plus complet, plus stable et plus facile à administrer, mais il serait aussi plus efficace, moins cher et plus juste.

6. La responsabilité civile échoue également comme moyen de prévention. La théorie de la dissuasion est boiteuse; dans la pratique, c'est encore pire. Même si de rares experts dans le domaine de la responsabilité civile demeurent inébranlables face au principe utopique de la dissuasion, toutes les recherches prouvent indubitablement le contraire.

7. De fait, il n'y a pas du tout lieu de débattre la question de l'aspect préventif étant donné la nature et la portée de l'assurance-responsabilité de nos jours. L'établissement de primes personnalisées est probablement le seul moyen d'avoir un impact préventif. Cette technique est applicable et serait vraisemblablement plus efficace dans le cadre d'un régime sans égard à la faute.

8. Il est fort peu probable que l'on puisse compter sur l'assurance privée ou la négociation collective pour obtenir un programme d'indemnisation complet pour tous les Canadiens.

9. L'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents paraît logique et irrésistible sur le plan empirique. La rationalisation et l'intégration sont inévitables pour des raisons sociales et humaines si ce n'est pour des raisons de coût.

10. L'intégration des différents régimes actuels d'assurance sans égard à la faute en un système global d'indemnisation des victimes d'accidents faciliterait le passage logique et inévitable à un système incluant tous les cas d'incapacité, notamment ceux découlant de la maladie ou d'une invalidité.

VIII. Dix préoccupations les plus courantes concernant le régime universel d'indemnisation

Il est possible de répondre aux dix questions les plus fréquemment soulevées quant à un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents par une étude sérieuse :

1. Le risque moral ne constituerait pas un problème en ce qui a trait aux blessures.

2. Tout porte à croire que l'instauration d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents, loin de coûter plus cher, permettrait de réaliser des économies réelles.

3. Le problème de "l'invasion bureaucratique" peut être amoindri grâce à une bonne organisation du système.

4. En théorie, des dommages moraux pour douleur et souffrance physique pourraient être versés en vertu d'un régime d'assurance sans égard à la faute, mais il serait nettement plus réaliste de limiter l'indemnisation aux cas de préjudices à caractère économique.

5. On pourrait prévenir les accidents grâce à une réglementation gouvernementale accrue en matière de sécurité des produits.

6. Un régime facultatif ou volontaire d'assurance sans égard à la faute ne serait pas applicable. Pour être efficace, le régime universel devrait être obligatoire.

7. En théorie, le secteur privé pourrait gérer un régime sans égard à la faute, mais dans la pratique, compte tenu des exigences financières inhérentes à un tel programme, il doit inévitablement être instauré et administré par l'État. S'il est préférable que ce soit un régime public, c'est pour des raisons financières et non idéologiques.

8. Même si la mise en oeuvre d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents devrait prendre plusieurs années, nous devrions refuser d'adopter la "responsabilité stricte", même à titre de solution à court terme. Non seulement la responsabilité stricte est-elle indéfendable sur le plan moral, sans valeur sur le plan empirique et peu rentable sur le plan institutionnel, elle est de plus rétrograde sur le plan de la réforme du droit.

9. Nonobstant le caractère dérisoire de la responsabilité stricte, la question soulèvera beaucoup de controverse, d'abord en ce qui a trait à l'assurance proprement dite, et ensuite en ce qui a trait à la structure législative d'ensemble. La controverse finira par s'éteindre, mais nous aurons perdu un temps considérable.

10. Même si l'instauration d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents semble logique et attrayante d'un point de vue empirique, les obstacles sont de taille : a) il faut du temps pour éduquer les gens; b) les groupes d'intérêt qui préconisent le maintien du statu quo (l'industrie de l'assurance et le Barreau canadien) sont très puissants; et c) les groupes de pression en faveur de la réforme, sont à peu près inexistants.

IX. Un plan d'action pour l'avenir

En dépit du fait que l'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents constituerait une réalisation sociale et politique importante, il reste énormément de recherche à faire avant que ce concept puisse devenir une réalité au Canada :

1. étude plus approfondie des régimes existants d'assurance sans égard à la faute;

2. étude plus approfondie des litiges en matière de responsabilité extra-contractuelle dans le cadre de l'assurance du tiers responsable;

3. recherche sur le fonctionnement des régimes étatisés d'assurance sans égard à la faute existants et les problèmes qu'ils rencontrent;

4. recherche sur l'organisation de l'ensemble du système;

5. recherche sur la structure législative;

6. recherche sur la structure administrative;

7. recherche sur la structure financière;

8. recherche sur les règlements fédéraux et provinciaux concernant la sécurité des produits;

9. élaboration de programmes d'éducation et d'information du public;

10. recherche sur l'élargissement éventuel du système de manière à englober tous les cas d'incapacité, y compris ceux découlant d'une maladie ou d'une invalidité.

Il est absolument essentiel que les études et recherches proposées ci-dessus soient effectuées afin de parvenir à mettre sur pied au Canada un régime global efficace d'indemnisation des victimes d'accidents. Si le régime universel d'assurance sans égard à la faute est mal conçu ou mis en oeuvre prématurément, il risque de crouler rapidement sous le poids de la bureaucratie et de l'inefficacité administrative et le concept de l'assurance invalidité universelle serait abandonné pour bien des années.

En conclusion, sont présentées les recommandations suivantes :

1. Les ministères fédéral et provinciaux de la Santé devraient immédiatement étudier la possibilité de mettre sur pied un système de traitement informatique des données relatives aux blessures en s'inspirant du système NEISS en vigueur aux États-Unis.

2. Au niveau provincial, il faudrait cesser de perdre son temps à discuter de la réforme du droit de la responsabilité civile.

3. Il faudrait, au contraire, profiter de l'occasion pour apporter des réformes législatives logiques et efficaces, et commencer à élaborer un régime global et complet d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute.

4. Une fois que le concept de l'indemnisation universelle des victimes d'accidents aura été accepté, il s'agira de procéder aux recherches essentielles décrites au chapitre IX.

5. Il est enfin recommandé que l'on considère l'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents comme la première étape conduisant à l'adoption éventuelle d'un régime universel d'assurance en cas d'incapacité.

BIBLIOGRAPHIE

La liste alphabétique d'ouvrages, d'articles, d'études et de rapports qui suit est de toute évidence sélective. Pour une bibliographie plus complète, consulter l'annexe du Report of the Royal Commission of Inquiry on Compensation for Personal Injury in New Zealand, Nouvelle-Zélande, 1967, les annexes des volumes 1 et 2 du Report of the National Committee of Inquiry on Compensation and Rehabilitation in Australia, Australie, 1967, et l'annexe du Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, Commission Pearson, 1978.

OUVRAGES, ARTICLES, ÉTUDES ET RAPPORTS

Affaires des Anciens Combattants-Canada, Rapport annuel 1977-1978 (1979).

Akerloff, "The market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism" (1970) 84 Quarterly Journal of Economics 488.

Alberta, Report of the Alberta Automobile Insurance Board of the IBC "Variplan" Proposal (1976).

Alchian, "The Meaning of Utility Measurement" (1953) 43 American Economic Review 26.

Allen, Bourn et Holyoak, (éds) Accident Compensation After Pearson (1979).

American Bar Association, Automobile No-Fault Insurance: A Study by the Committee on Automobile Insurance Legislation, ABA Report (fév. 1978).

Andreopoulos, (éd.) National Health Insurance: Can We Learn from Canada (1975).

Apel, "Strict Liability: Recovery of Economic Loss" (1976-1977) 13 Idaho L.Rev. 30.

Armitage, Social Welfare in Canada (1975).

Arrow, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care: Reply" (1965) 55 American Economic Review 154.

Ash, Satisfaction, insatisfaction et plaintes des consommateurs : principales conclusions et recommandations, Consommation et Corporations Canada (1980).

Association canadienne de criminologie, "Compensation to Victims of Crime and Restitution By Offenders" (1968) 10 Can. J. Corr. 591.

Atiyah, Accidents Compensation and the Law, 2e éd. (1975a).

Atiyah, "Accident Prevention and Variable Premium Rates for Work-Connected Accidents" (1975b) 4 Indus. L.I. 1.

Atiyah, "What Now?", dans Allen, Bourne and Holyoak, Accident Compensation After Pearson (1979) p. 225.

Atkey, "Perspectives for Non-Fault Automobile Accident Compensation in Ontario" (1966) 5 Western L.R. 1.

Australie, House of Representatives, National Rehabilitation and Compensation Bill 1977 (1977).

Australie, National Rehabilitation and Compensation Scheme Committee of Inquiry, Report of the National Committee of Inquiry, Compensation and Rehabilitation in Australia, Woodhouse (1974).

Badgley et Smith, User Charges for Health Services (1979).

Baer, "Insurance Law" (1969) 3 Ottawa L.R. 553.

Bailey, Reducing Risks to Life: Measurement of the Benefits (1980).

Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law" (1975) 5 Journal of Philosophy and Public Affairs 3.

Barker, "Compensation for Criminal Violence" (1966) 9 Criminal L.Q. 124.

Bator, "The Anatomy of Market Failure" (1958) Quarterly Journal of Economics 351.

Beard, Pentikainen and Pesonen, Risk Theory (1977).

Bennett, "Practice and Procedure before the Law Enforcement Compensation Board" (1971) Law Society of Upper Canada Lectures 167.

Benningson et Benningson, "Product Liability: Manufacturers Beware", dans Aaker et Day, Consumerism: Search for the Consumer Interest, 3e éd. (1978).

Best, Home Accident Study, Ministère de la Santé de l'Ontario (1980).

Birnbaum, "Legislative Reform or Retreat? A Response to the Product Liability Crisis" (1978) 14 Forum 251.

Bivins, "The Product Liability Crisis: Modest Proposals for Legislative Reform" (1978) 11 Akron L.R. 595.

Blum et Kalven, "Public Law Perspectives on a Private Law Problem - Auto Compensation Plans" (1964) 31 U. Chi. L. Rev. 641.

Blum et Kalven, "The Empty Cabinet of Dr. Calabresi: Auto Accidents and General Deterrence" (1967) 34 U. Chi. L. Rev. 239.

Blum et Kalven, "Ceilings, Costs and Compulsion in Auto Compensation Legislation" [1973] Utah L.Rev. 341.

Bourn, "The Pearson Proposal in Outline", dans Allen, Bourn et Holyoak, Accident Compensation after Pearson (1979) p. 9.

Bozeman, "Recalls - On Making the Best of a Bad Thing" (1978) 33 Food, Drug, Cosmetic L.J. 342.

Brodsky et Cohen, "Uncle Sam, the Product Safety Man" (1974) 2 Hofstra L. Rev. 619.

Brown, "Toward an Economic Theory of Liability" (1973) 2 Journal of Legal Studies 323.

Brown, "Product Liability: The Case of an Asset with Random Life" (1974) 64 American Economic Review 149.

Brown, "Deterrence and Accident Compensation Schemes" (1979) 17 U.W.O. Law Review 111.

Bryan, "Compensation to Victims of Crime" (1968) 6 Alberta L.R. 202.

Buchanan, "In Defence of Caveat Emptor" (1970-1971) 38 U. Chicago L.R. 64.

Buchanan et Tollison, (éds), Theory of Public Choice: Political Applications of Economics (1972).

Bureau d'assurance du Canada, Facts of the General Insurance Industry in Canada, 7e éd. (1979).

Bureau d'assurance du Canada, 1979 Automobile Insurance Experience (Green Book) (1980).

Bureau of National Affairs, Inc., The Consumer Product Safety Act, 1973.

Burman, Genn et Lyons, "The Use of Legal Services by Victims of Accidents in the Home - A Pilot Study" (1977) 40 M.L.R. 47.

Burns et Ross, "A Comparative Study of Victims of Crime Indemnification in Canada: British Columbia as Microcosm" (1973) 8 U.B.C. L.R. 105.

Calabresi, "The Decision for Accidents - An Approach to Non-Fault Allocation of Costs" (1965a) 78 Harvard L.R. 713.

Calabresi, "Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven" (1965b) 75 Yale L.J. 216.

Calabresi, "Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?" (1968) 33 Law and Contemporary Problems 249.

Calabresi, The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis (1970).

Calabresi, "The Problem of Malpractice: Trying to Round Out the Circle" (1977) 27 U.Toronto L.J. 131.

Calabresi et Bass, "Right Approach, Wrong Implications: A Critique of McKean on Products Liability" (1970-1971) 38 U. Chicago L.R. 74.

Calabresi et Hirschoff, "Toward a Test for Strict Liability in Tort" (1972) 81 Yale L.J. 1055.

Calabresi et Malamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" (1972) 85 Harvard L.R. 1089.

Carrington, "Adjudication ...: A Comment" (1979) 8 Journal of Legal Studies 303.

Chapman, "Federal Statutes Relating to Food and Drugs", dans Neilson, Consumer and the Law in Canada (inédit, 1970) p. 362.

Charles, "Justice in Personal Injury Awards: The Continuing Search for Guidelines", dans Klar, Studies in Canadian Tort Law (1977) p. 37.

Charles, "A New Handbook on the Assessment of Damages in Personal Injury Cases from the Supreme Court of Canada" (1978) 3 Can. Cases on the Law of Tort 344.

Cheifetz, "Entitlement to Schedule E Benefits Under the Ontario Insurance Act" (1978) 26 Chitty's L.J. 37.

Coase, "The Problem of Social Cost" (1960) Journal of Law and Economic 1 dans Breit et Hochman, Readings in Economics, 2e éd. (1971) p. 484.

Colombie-Britannique, Report of the British Columbia Commission of Inquiry Workmen's Compensation Act, Tysoe (1965).

Colombie-Britannique, Report of the Royal Commission of Inquiry, Automobile Insurance in British Columbia, Wootton (1968).

Commission des communautés européennes, Product Liability, Supplément 11/76 du Bulletin des communautés européennes (1976).

"Compensation for Criminal Injuries" (1968) 16 Chitty's L.J. 292.

Conard, "The Economic Treatment of Automobile Injuries" (1964) 63 Mich. L. Rev. 279.

Conrad et Ethan, "New Hope for Consensus in the Automobile Injury Impasse" (1966) 52 A.B.A.J. 533.

Conseil du Trésor, Government Intervention in the Marketplace and the Case for Social Regulation, 1977.

Conseil du Trésor, Étude de cas : évaluation des normes de sécurité proposées pour les autobus scolaires en vertu de la Loi canadienne sur la sécurité des véhicules automobiles (1978).

Conseil du Trésor, Étude de cas : règlements sur le verre de sécurité aux termes de la Loi sur les produits dangereux (1980).

Conseil économique du Canada, Mandat sur la réglementation : rapport préliminaire au Premier Ministre (1978).

Conseil économique du Canada, Rationalisation de la réglementation publique : résumé et recommandations (1979).

Consumer Product Safety Commission, États-Unis, Final Report (1970).

Consumer Product Safety Commission, États-Unis, Annual Report, Fiscal Year 1976 (1976).

Cook, "Hazardous Products: The Canadian Situation", dans Neilson, Consumer Law Studies (inédit, 1970) p. 251.

Cook, "The Hazardous Products Act, 1969", dans Neilson, Consumer and the Law in Canada (inédit, 1970) p. 370.

Cooper, "A Collateral Benefits Principle" (1971) 49 Can. Bar Rev. 501.

Cooper, "Assessing Possibilities in Damage Awards - The Loss of a Chance or the Chance of Loss" (1973) 37 Sask. L.Rev. 193.

Cooter, Kornhauser et Lane, "Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent" (1979) 10 Bell Journal of Economics 366.

Cornford, Microcosmographia Academica (brochure, 5e éd. 1953) cité dans Zander, "Promoting Change in the Legal System" (1979) 42 Mod. L.Rev., pp. 489-490.

Coward, Mercer Handbook of Canadian Pension and Welfare Plans, 6e éd. (1977).

Cranston, "Creeping Economism: Some Thoughts on Law and Economics" (1977)) 4 British Journal of Law and Society 103.

Cranston, Consumers and the Law (1978).

C.C.H. Canadian Ltd., Canadian Workmen's Compensation 1975-76, 18e éd. (1975).

C.C.H. Canadian Ltd., Canada Pension Plan and Old Age Security Legislation, 5e éd. (1978).

C.C.H. Canadian Ltd., Topical Law Report Series, Canadian Product Safety Guide, 2 volumes, mis à jour (1978).

C.C.H. Canadian Ltd., Topical Report Series, Canadian Product Safety Guide, Report 10 (26 sept. 1979).

C.C.H. Canadian Ltd., Topical Report Series, Canadian Product Safety Guide, Report 11 (31 oct. 1979).

C.C.H. Canadian Ltd., Topical Report Series, Canadian Product Safety Guide, Report 15 (20 fév. 1980).

Demsetz, "Private Production of Public Goods" (1970) 13 Journal of Law and Economics 293.

Demsetz, "Wealth Distribution and the Ownership of Rights" (1972a) 1 Journal of Legal Studies 223.

Demsetz, "When Does the Rule of Liability Matter?" (1972b) 1 Journal of Legal Studies 13.

Denenberg, Product Liability Insurance: Impact on Safety and Implications for the Consumer, National Commission on Product Safety, 8e rapport, sans date.

Diamond, "Accident Law and Resource Allocation" (1974) 5 Bell Journal of Economics and Management 366.

Diamond, "Insurance Theoretic Aspects of Workers' Compensation, dans Blinder et Friedman, Natural Resources, Uncertainty and General Equilibrium Systems (1977) p. 67.

Diamond et Rothschild, éds, Uncertainty in Economics, Readings and Exercises (1978).

"Discussion on Workmen's Compensation by Senior Officials of the Workmen's Compensation Board, Ontario" (1976) Law Society of Upper Canada Special Lectures 137.

Doerner, "A Quasi-Experimental Analysis of Selected Canadian Victim Compensation Programs" (1978) 20 Can. J. Crim. 239.

Dorfman, "The Economics of Product Liability: A Reaction to McKean" (1970-1971) 38 U. Chicago L.Rev. 92.

Dunlop, "The High Price of Sympathy: Damages for Personal Injuries" (1967) 17 U.Toronto L.J. 51.

Dunlop, "No-Fault Auto Insurance and the Negligence Action: An Expensive Anomaly" (1975) 13 Osgoode Hall L.J. 439.

Dunlop, Working Paper on the Economics of Strict Liability for Defective Products, Ontario Law Reform Commission (fév. 1978).

Ehrenzweig, Law: A Personal View (1977).

Ehrlich et Becker, "Market Insurance, Self-Insurance and Self-Protection" (1972) 80 Journal of Political Economy 623.

Empke, Directeur régional, Consommation et Corporations Canada, dans une lettre datée du 17 juillet 1979.

Emploi et Immigration Canada, Rapport annuel 1978-1979 (1979).

Énergie, Mines et Ressources Canada, Rapport annuel 1978-1979 (1979).

Englard, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" (1980) 9 Journal of Legal Studies 27.

Epple et Raviv, "Product Safety: Liability Rules, Market Structure, and Imperfect Information" (1978) 68 American Economic Review 80.

Epstein, "A Theory of Strict Liability" (1973), 2 J. Legal Studies 151.

Epstein, "Products Liability: The Search for a Middle Ground" (1978) 56 North Carolina L.R. 643.

Epstein, "Is Pinto a Criminal?", Regulation, mars-avril 1980, p. 15.

Epstein, "Automobile No-Fault Plans: A Second Look at First Principles" (1980b) 13 Creighton L.Rev. 769.

Eremko, "Compensation of Criminal Injuries in Saskatchewan" (1969) 19 U.Toronto L.J. 263.

États-Unis, House Committee on Small Businesses Sub-Committee on Capital, Investment and Business Opportunities, (J.J. LaFalce, président), Report on Product Liability Insurance: Highlights (mars 1978).

États-Unis, Report to the Columbia University Council for Research in the Social Sciences, Compensation for Automobile Accidents (1932).

États-Unis, Senate Committee on Commerce, Science and Transportation Subcommittee for Consumers, Implementation of the Consumer Product Safety Act: Oversight Hearings (1977).

États-Unis, Senate Select Committee on Small Business, Hearings on Impact on Products Liability (Parts I-IV) (8 et 10 sept., 20 oct. 1977, 9 et 10 mars 1977).

États-Unis, Senate Sub-Committee for Consumers of the Committee on Commerce, Science and Transportation, Hearings on Product Liability Insurance (du 27 au 29 avril 1977).

Exposé CUPE, Ontario Select Committee on Company Law (1980) cité dans Welsh, "Saskatchewan Plans Universal Insurance", Globe and Mail (25 août 1980).

Feeney, "Compensation for Victims of Crime" (1968) 10 Can. J. Corr. 261.

Feeney, "Compensation for the Victims of Crime: A Canadian Proposal" (1967) 2 Ottawa L.R. 175.

Feinberg, "Consumer Product Safety: The Current Record of Administrative Interpretation" (1978) 37 Federal Bar J. 56.

Feldthusen, Working Paper on Pure Economic Loss Caused by Defective Products, Ontario Law Reform Commission (fév. 1978).

Feldthusen et McNair, "General Damages in Personal Injury Suits: The Supreme Court Trilogy" (1979) 28 U.Toronto L.J. 381.

Fleming, "More Thoughts on Loss Distribution" (1966) 4 Osgoode Hall L.J. 161.

Fleming, "The Role of Negligence in Modern Tort Law" (1967) 52 Virginia L.Rev. 815.

Fleming, "Damages: Capital or Rent?" (1969) 19 U.Toronto L.J. 295.

Fleming, "Damages for Non-material Losses" (1973) Law Society of Upper Canada Special Lectures 1.

Fleming, The Law of Torts, 5e éd. (1977).

Fleming, "The Pearson Report: Its 'Strategy'" (1979) 42 Mod.L.Rev. 249.

Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory" (1972) 85 Harvard L.R. 537.

Franklin, "When Worlds Collide: Liability Theories and Disclaimers in Defective Product Cases" (1966) 18 Stanford L.R. 976.

Franklin, "Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement" (1967) 53 Virginia L.R. 774.

Franklin, "Personal Injury Accidents in New Zealand and the United States: Some Striking Similarities" (1975) 27 Stanford L.Rev. 653.

Franklin, Injuries and Remedies (1979).

Franson et al., Canadian Law and the Control of Exposure to Hazards, Conseil des sciences du Canada (1977).

Freedman, "No-Fault and Products Liability: Can One Live without the Other?", [1972] Forum 100.

Friedman, Law in a Changing Society, 2e éd. (1970).

Gaskins, "Tort Reform in the Welfare State: The New Zealand Accident Compensation Act" (1980) 18 Osgoode Hall L.J., 238.

Gauvin, "Labour Legislation in Canada, 1975; Workers' Compensation" (1976) 76 Gazette du travail 495.

Gauvin, "Labour Legislation in Canada, 1976: Workers' Compensation" (1977) 77 Gazette du travail 374.

Geerts, Kornbluth et Urmson, Compensation for Bodily Harm: A Comparative Study (1977).

Gertner, "History of Food and Drug Legislation in Canada", dans Ziegal, Cases, Notes and Materials on Commercial and Consumer Transactions, inédit (1977) p. 438.

Gibson, "Non-Fault Automobile Insurance" (1968) 11 Can. B.J. 172.

Gibson, "Repairing the Law of Damages" (1978) 8 Manitoba L.J. 637.

Gibson, "Vergata v. Vergata and the Manitoba Public Insurance Corporation" (1979) 9 Manitoba L.J. 183.

Gifford, "Transaction Costs, Uncertainty and Externalities" (1974) 19 Public Choice 121.

Gilmore, "Products Liability: A Commentary" (1970-1971) 38 U. Chicago L.Rev. 103.

Glasbeek et Hasson, "Fault -- The Great Hoax", dans Klar, Studies in Canadian Tort Law (1977).

Glasbeek et Rowland, "Are Injuring and Killing at Work Crimes?" (1974) 17 Osgoode Hall L.J. 506.

Goddard, Goldenberg et Thibideau, "Motor Vehicle Safety Law in Canada: Made in U.S.A.?" dans Neilson, Consumer Law Studies (inédit, 1970) p. 602.

Goldenberg, "The Economics of Product Safety and Imperfect Information" (1974) 5 Bell Journal of Economics 683.

Goldenburg, "Products Liability: It's Almost Here and It Means Big Lawsuits and a Dramatic Rise in Insurance Rates", Financial Times of Canada (5 juin 1978).

Gouvernement du Québec, Guide de l'assurance-automobile au Québec (1979).

Grande-Bretagne, Report of Committee on Personal Injuries Litigation (1968) (Cmnd. 3691).

Grande-Bretagne, Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, Pearson (1978) (Cmnd. 7054).

Gray, et al.. Product Liability: A Management Response (1975).

Green, Traffic Victims: Tort Law and Insurance (1958).

Green, "A Perspective" (1975) 13 Osgoode Hal L.J. 475.

Green, "A Fish Out of Water: Classical Fault on the Highway" (1970) 35 Sask. L.R. 2.

Grether et Plott, "Economic Theory of Choice and the Preference Reversal Phenomenon" (1979) 69 American Economic Review 623.

Griffiths, "Don't Abolish Tort Law in Auto Accident Compensation" (1969) 12 Can. Bar J. 187.

Guest, The Emergence of Social Security in Canada (1980).

Guss, "Product Quality -- A Multi-Disciplinary Policy Perspective" (document inédit présenté dans le cadre de Meredith Lecture Series, Faculté de Droit de McGill, 1979).

Guzzardi, "The Mindless Pursuit of Product Safety", Fortune (9 avril 1979).

Halpern et Carr, Les marchés des assurances et les règles de responsabilité, Consommation et Corporations Canada (1981).

Harris, "An Appraisal of the Pearson Strategy", dans Allen, Bourn et Holyoak, Accident Compensation After Pearson (1979) p. 83.

Hasson, "Blood Feuds, Writs and Rifles - A Reply to Professor Linden" (1976) 14 Osgoode Hall L.J. 445.

Hasson, Working Paper on Negligence and Strict Liability: Insurance Implications of a Change in Regime, Ontario Law Reform Commission, (jan. 1978).

Hasson, "The Pearson Report - Something for Everyone" (1979) 6 British Journal of Law and Society 119.

Hébert, "Management et prévention des accidents du travail" (1976) 31 Rel. Ind. 3.

Helpman et Laffont, "On Moral Hazard in General Equilibrium Theory" (1975) 10 Journal of Economic Theory 8.

Henderson, "Should Workmen's Compensation be Extended to Non-Occupational Injuries?" (1969-1970) 48 Texas Law Review 117.

Henderson, "Judicial Review of Manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication" (1973) 73 Columbia L.Rev. 1531.

Henderson, "Crisis in Accident Loss Repartition Systems: Where We Are and How We Got There", [1976] Arizona State L.J. 401.

Henderson, "Manufacturers' Liability for Defective Product Design: A Proposed Statutory Reform" (1978) 56 North Carolina L.R. 625.

Higgins, "Producers Liability and Product-Related Accidents" (1978) 7 Journal of Legal Studies 299.

Holmes, "The Common Law: Lecture III", 1881, réimprimé dans Rabin, Perspective on Tort Law (1976).

Holyoak, "Accident Compensation in New Zealand Today," dans Allen, Bourn et Holyoak, Accident Compensation after Pearson (1979) p. 180.

Holyoak et Allen, "Alternative Accident Compensation Strategies", dans Allen, Bourn et Holyoak, Accident Compensation After Pearson (1979) p. 177.

"Horror Story Ads Untrue? Can't Prove Mower Claims Assertions," dans Illinois House of Representatives Judiciary I Sub-Committee, Products Liability Report and Recommendations, partie I (1978) p. 101.

Hosmer, "Federal Regulation of 'Substantial Product Hazards': An Analysis of Section 15 of the Consumer Product Safety Act" (1976) 25 Am. U.L.Rev. 717.

Hubbard, "Efficiency Expectation and Justice: A Jurisprudential Analysis of the Concept of Unreasonably Dangerous Product Defects" (1976-1977) 28 South Carolina L.R. 587.

Hughes, Gill et Dworkin, "Detailed Effects of the Pearson Proposals", dans Allen, Bourn et Holyoak, Accident Compensation after Pearson (1979) p. 135.

Illinois House of Representatives, Judiciary Subcommittee on Product Liability: Report and Recommendations, parties I et II (1979).

Information Canada, Le régime de pensions du Canada (1970).

Inter-Agency Task Force on Product Liability (IATF), Symposium -- Transcript of Proceedings of July 21, 1976 Meeting with Leading American Experts (1976).

Inter-Agency Task Force on Product Liability, Selected Papers (1977a).

Inter-Agency Task Force on Product Liability, Briefing Report (1977b).

Inter-Agency Task Force on Product Liability, Final Report (1977c).

Inter-Agency Task Force on Products Liability Contractors Study, Final Report of the Insurance Study (1978a).

Inter-Agency Task Force on Products Liability Contractors Study, Final Report of the Legal Study (1978b).

Ison, The Forensic Lottery (1967).

Ison, "Tort Liability and Social Insurance" (1969a) 19 U.Toronto L.J. 614.

Ison, "Highway Accidents and the Demise of Tort Liability" (1969b) 47 Can. Bar Rev. 304.

Ison, "Contemporary Developments and Reform in Personal Injury Compensation" (1973) Law Society of Upper Canada Special Lectures 521.

Ison, "Human Disability and Personal Income", dans Klar, Studies in Canadian Tort Law (1977a).

Ison, "The Politics of Reform in Personal Injury Compensation" (1977b) 27 U.Toronto L.J. 385.

Ison, Accident Compensation: A Commentary of the New Zealand Scheme (1981).

Issalys et Watkins, Unemployment Insurance Benefits (1977).

Johnson, "Consumer Product Safety -- The Need for Reform" (1973) 127 New L.J. (Pt. 2), 852.

Johnson, "Products Liability Reform: A Hazard to Consumers" (1978) 56 North Carolina L.R. 677.

Jolowicz, "Compensation for Personal Injury and Fault", dans Allen, Bourn et Holyoak, Accident Compensation after Pearson (1979) p. 33.

Kahan, "Reporting of Substantial Product Hazards Under Section 15 of the Consumer Safety Act", [1978] Administrative L.R. 289.

Kavanagh, "Ontario Automobile Accident Benefits" (1973) 6 Ottawa L.Rev. 285.

Keeton, "Automobile Accidents: The Basis of Liability and the Compensation of Victims" (1974) 9 Themis 149.

Keeton et O'Connell, Basic Protection for the Traffic Victim (1965).

Keeton et O'Connell, After Cars Crash (1967).

Keeton, Owen et Montgomery, Products Liability and Safety: Cases and Materials (1980).

Keeton et al., Crisis in Car Insurance (1968).

Kennedy, "Compensation for Victims of Crime" (1966) 14 Chitty's L.J. 1.

Kimble et Lesher, Products Liability (1979).

Kunreuther, "Limited Knowledge and Insurance Protection" (1976) 24 Public Policy 223.

Kunreuther et Slovic, "Economics, Psychology and Protective Behaviour" (1978) 68 American Economic Review Proc. 64.

Lang, "The Activity-Risk Theory of Tort: Risk, Insurance and Solvency" (1961) 39 Can. Bar Rev. 530.

Lang, "The Nature and Potential of the Saskatchewan Insurance Experiment" (1962) 14 U. Fla. L. Rev. 352.

Law Commission (No. 82) and the Scottish Law Commission (No. 45), Liability for Defective Products, 1977.

Laycraft, "Reforming the Automobile Tort System" (1970) 9 Alberta L.R. 22.

Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism" (1974) 60 Virginia L.R. 451.

Legge, "Practices and Procedures Before the Workmen's Compensation Board" (1971) Law Society of Upper Canada Special Lectures 137.

Legge, The Canadian System of Workmen's Compensation, Gouvernement de l'Ontario (1972).

Lemons, "The Woodhouse Report: Relegated to the Archives?" (1973) 19 McGill L.J. 195.

"Liability without Fault" (1965) 13 Chitty's L.J. 163, 191.

Linden, Report of Osgoode Hall Study, Compensation for Victims of Automobile Accidents, 1965.

Linden, "The Destiny of Automobile Accident Compensation in Ontario" (1966a) 14 Chitty's L.J. 79.

Linden, "Peaceful Coexistence and Automobile Accident Compensation" (1966b) 9 Can. Bar J. 5.

Linden, "Automobile Accident Compensation in Ontario -- A System in Transition" (1966-1967) 15 Am.J. Comp. L. 301.

Linden, "Automobile Cases in the British Columbia Courts" (1967) 1 U.B.C.L.Rev. 194.

Linden, "The Prevention of Traffic Accidents" (1967b) 15 Chitty's L.J. 80.

Linden, "Auto Accident Compensation in Alberta; Toward Peaceful Coexistence"? (1968a) 6 Alberta L.Rev. 219.

Linden, "Auto Accident Compensation in Ontario -- An Unanswered Challenge?" (1968b) 16 Chitty's L.J. 222.

Linden, "Canadian Victims of Crime" (1969a) 17 Chitty's L.J. 82.

Linden, "International Conference on Compensation to Innocent Victims of Violent Crime" (1969b) 11 Criminal Law Quarterly 145.

Linden, "Victims of Crime and Tort Law" (1969c) 12 Can. Bar J. 17.

Linden, "Automobile Insurance Breakthrough in Canada" (1969d) 1 Transp. L.Rev. 171.

Linden, "Automobile Insurance -- Canadian Style" (1972) 21 Cath. U. Rev. 369.

Linden, "Tort Law as Ombudsman" (1973) 51 Can. Bar R. 155.

Linden, "No-Fault Insurance in Canada" (1974) 9 Themis 140.

Linden, "Faulty No-Fault: A Critique of the OLRC Report on Motor Vehicle Accident Compensation" (1975) 13 Osgoode Hall L.J. 449.

Linden, "Restitution, Compensation for Victims of Crime and Canadian Criminal Law" (1977) 19 Can. J. Crim. 3.

Lipsey et Lancaster, "The General Theory of Second Best" (1956-1957) 24 Review of Economics Studies 11.

Little, "No-Fault Reparation in Florida: An Empirical Examination of Some of Its Effects" (1975) 9 Mich. J. Law Ref. 1.

Lofchik, "The Ontario Motor Vehicle Accident Claims Act" (1970) 28 U.T. Fac. L Rev. 94.

McClellan, "Strict Liability for Drug-Induced Injuries: An Excursion Through the Maze of Product Liability, Negligence and Absolute Liability" (1978) 25 Wayne Law Review 1.

MacDonald, "Criminal Injuries Compensation Act: Draft Uniform Act" (1970) Conf. Comm. Uniform Leg. 271.

McGrady, "Compensation Scheme or Tort Liability" (1966) 2 Manitoba L.J. 49.

McGrath, "Compensation to Victims of Crime in Canada" (1970) 12 Can. J. Corr. 11.

McInnes, Welfare Legislation and Benefit Plans in Canada (1974).

MacKay, "The Costliness of Information and Its Effects on the Analysis of Law", dans Proceedings of the Seventh Annual Workshop on Commercial and Consumer Law (1977).

McKean, "Products Liability: Implications of some Changing Property Rights" (1970a) 84 Quarterly Journal of Economics 611.

McKean, "Products Liability: Trends and Immplications" (1970b) 38 U. Chicago L.Rev. 3.

MacKenzie, "Some Reflections on Negligence, Damages and No-Fault Compensation" (1975) 10 U.B.C.L. Rev. 27.

McRuer, "The Motor Car and the Law" (1966) 4 Osgoode Hall L.J. 54.

Manitoba, Government White Paper, Accident and Sickness Compensation in Manitoba, 3 volumes (1977).

Marshall, "Compensation: New Atonement for Old Guilt?" (1971) 4 Can. Bar J. 24.

Mendeloff, Regulating Safety: An Economic and Political Analysis (1979).

Merrill, "Risk-Benefit Decision-Making by the Food and Drug Administration" (1977) 45 George Washington L.R. 994.

Mickleburgh, Consumer Protection (1979).

Miers, "The Ontario Criminal Injuries Compensation Scheme" (1974) U.Toronto L.J. 347.

Migue et Bélanger, The Price of Health (1974).

Miller et Lovell, Product Liability (1977).

Minda, "The Lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law" (1978) 39 Ohio State L.J. 439.

Morphy, "Safety Standards Legislation" (1976) Law Society of Upper Canada Special Lectures 179.

Morris et Paul, "The Financial Impact of Automobile Accidents" (1962) 110 U. Pa. L. Rev. 913.

Moynihan, Copying: Essays on the Practice of Government (1973).

National Commission on Product Safety, Final Report (1970).

New York Insurance Department, Automobile Insurance ... For Whose Benefit?" (1970).

"No-Fault Benefits Under the B.C. Insurance Act: A Panel Discussion" (1973) B.C. Branch Lectures 129.

Note, "No-Fault Automobile Insurance: An Evaluation Survey" (1977) 30 Rutgers L. Rev. 909.

Nouvelle-Zélande, Report of the Royal Commission of Inquiry, Compensation for Personal Injury in New Zealand, Woodhouse (1967).

Nouvelle-Zélande, Report of the Torts and General Law Reform Committee of New Zealand on Products Liability (1974).

O'Connell, The Injury Industry and the Remedy of No-Fault Insurance (1971).

O'Connell, "No-Fault Insurance for All Accidents" (1975a) 13 Osgoode Hall L.J. 461.

O'Connell, Ending Insult to Injury: No-Fault Insurance for Products and Services (1975b).

O'Connell, "Transferring 'Injured Victims' Tort Rights to No-Fault Insurers: New 'Sole Remedy' Approaches to Cure Liability Insurance Ills" (1977a) 3 Law Forum 749.

O'Connell, "Operation of No-Fault Auto Laws: A Survey of Surveys" (1977b) 56 Neb. L. Rev. 23.

O'Connell, "Design Litigation and the State of the Art: Terminology, Practice and Reform" (1978) 11 Akron L.R. 627.

O'Connell, The Lawsuit Lottery: Only the Lawyers Win (1979).

Ogus, Corfield and Harris, "Pearson: Principled Reform or Political Compromise" (1978), 7 Indus. L.J. 143.

Oi, "The Economics of Product Safety" (1973) 4 Bell Journal of Economics 3.

Oi, "The Economics of Product Safety: A Rejoinder" (1974) 5 Bell Journal of Economics 689.

Oi, "On Socially Acceptable Risks", dans Phillips, Safety at Work (1977) p. 35.

Ontario Criminal Injuries Compensation Board, Tenth Annual Report, 1978-1979 (1979).

Ontario Economic Council, Government Regulation: Issues and Alternatives (1978).

Ontario Law Reform Commission, Report on Consumer Warranties and Guaranties in the Sale of Goods (1972).

Ontario Law Reform Commission, Report on Motor Vehicle Accident Compensation (1973)

Ontario Law Reform Commission, Report on Sale of Goods (1979a).

Ontario Law Reform Commission, Report on Products Liability (1979b).

Ontario Ministry of Community and Social Services, Forty-Eighth Annual Report, 1978-79 (1979a).

Ontario Ministry of Community and Social Services, Quarterly Statistical Bulletin, January-March 1979 (1979b).

Ontario Ministry of Health, Annual Report 1978-79 (1979a).

Ontario Ministry of Health, Hospital Statistics 1978-79 (1979b).

Ontario Ministry of Health, OHIP Practitioner Care Statistics 1978-79 (1979c).

Ontario, Report on Laws Relating to the Liability of Employers, Meredith (1913).

Ontario, Report of the Royal Commission in the Matter of the Workmen's Compensation Act of Ontario, McGillivray (1967).

Ontario, Report of the Task Force on Administration of Workmen's Compensation in Ontario, Aird (1973).

Ontario Select Committee on Company Law, Second Report on Automobile Insurance (1978).

Ontario Select Committee on Company Law, The Insurance Industry (Third Report) (1979).

Ontario Select Committee on Health Care Financing and Costs, Report of the Select Committee on Health Care Financing and Costs (1978).

Ontario Workmen's Compensation Board, Annual Report 1978 (1979a).

Ontario Workmen's Compensation Board, The Workmen's Compensation Act Amendments, brochure (1979b).

Osgoode Hall, Study on Compensation for Victims of Automobile Accidents (1965).

Palmer, "Abolishing the Personal Injury Tort System: The New Zealand Experience" (1971) 9 Alberta L.R. 169.

Palmer, "Compensation for Personal Injury: A Requiem for the Common Law in New Zealand" (1973) 21 American Journal of Comparative Law 1.

Palmer, "Dangerous Products and the Consumer in New Zealand" (1974) New Zealand Law Journal 366.

Palmer, "Inspired Tinkering v. Holistic Social Engineering - Jeffrey O'Connell and the American Tort System", (une critique de l'ouvrage de Jeffrey O'Connell intitulé Ending Insult to Injury, (1976) 25 Draka L.R. 893.

Palmer, "Accident Compensation in New Zealand: The First Two Years" (1977) 25 American Journal of Comparative Law 1.

Pauly, "The Economics of Moral Hazard: Comment" (1968) 58 American Economic Review 531.

Pauly, "Overinsurance and the Public Provision of Insurance: The Roles of Moral Hazard and Adverse Selection" (1974) 88 Quarterly Journal of Economics 44.

Peltzman, Regulation of Automobile Safety (1975).

Peltzman, "The Effects of Automobile Safety Regulation" (1975) Journal of Political Economy 677.

Polinsky, "Economic Analysis as a Potentially Defective Product" (1974) 87 Harvard L.R. 1655.

Posner, "A Theory of Negligence" (1972) 1 Journal of Legal Studies 29.

Posner, "Strict Liability - A Comment" (1973a) 2 Journal Legal Studies 205.

Posner, Economic Analysis of Law (1973b).

Posner, "A Comment on No-Fault Insurance for All Accidents" (1975) 13 Osgoode Hall L.J. 471.

Posner, Economic Analysis of Law, 2e éd., 1977.

Prévost, (Chef, Statistiques, Division de l'évaluation, Programmes de la sécurité du revenu, Santé et Bien-être Canada), lettre datée du 2 juin 1980.

Priest, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules" (1977) 6 Journal of Legal Studies 65.

Prosser, "The Assault Upon the Citadel" (1960) 69 Yale L.J. 1099.

Prosser, "The Fall of the Citadel" (1966) 50 Minn. L.Rev. 791.

Rabin, Perspective on Tort Law (1976).

Rabin, "Some Thoughts on Tort Law from a Socio-Political Perspective" (1969) Wisconsin Law Review 51.

Rachlin, "No-Fault Liability Insurance; What Should the Practitioner Do?" (1973) 7 Law Soc. Gaz. 282.

Rachlin, "Accident Benefits -- Revisited" (1979) 13 L. Soc. Gaz. 51.

Rambin, "The Consumer Product Safety Act and Private Causes of Action for Personal Injury: What Does the Consumer Gain?" (1978) 30 Baylor L.R. 115.

Reder, "Economic Analysis of Medical Malpractice" (1976) 5 Journal of Legal Studies 267.

Reed, "Workmen's Compensation in Ontario" (1976) Law Society of Upper Canada Special Lectures 95.

"Regulations Alone Don't Prevent Accidents" (1972) 72 Gazette du travail 25.

Research Group International, First World Congress on Product Liability, Londres (du 19 au 21 janv. 1977).

Rokes, No Fault Insurance (1971).

Romero, "The Consumer Product Warranties Act" (1978-1979) 43 Sask. L.Rev. 81.

Ross, Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment (1970).

Rothschild et Stiglitz, "Equilibrium in Competitive Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information" (1976) 90 Quarterly Journal of Economics 629.

Rowe, "Government Regulation of Societal Risks" (1977) 45 George Washington L.R. 944.

Rubin, "Why is the Common Law Efficient?" (1977) 6 Journal of Legal Studies 51.

Sandford, "Accident Compensation - Its Development and Future" (Document encore inédit présenté à la Conférence triennale de 1978 de la New Zealand Society, à Auckland, Nouvelle-Zélande, en mars 1978 par K.L. Sandford, président de l'Accident Compensation Commission).

Santé et Bien-être social Canada, Rapport annuel 1977-1978 (1978).

Santé et Bien-être social Canada, Rapport annuel 1978-1979 (1979).

Santé et Bien-être social Canada, Rapport annuel - Régime de pensions du Canada 1977-1978 (c. 1979).

Santé et Bien-être social Canada, Statistiques mensuelles : Programmes de sécurité du revenu (1980).

Santé et Bien-être social Canada, Direction des drogues et aliments, Services éducatifs, Health Protection and Food Laws (1970).

Saranchuk, "Presentation of a Personal Injury Claim: Role of the Manitoba Public Insurance Corporation" (1979) 9 Manitoba L.J. 171.

Saskatchewan Bar Association, Brief to the Minister's Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents (1976).

Saskatchewan Department of Labour, Report of the Sickness and Accident Insurance Committee (1976).

Saskatchewan Government Insurance, Brief to the Minister's Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents (1976).

Saskatchewan, Report of the Special Committee on the Study of Compensation for Victims of Automobile Accidents, Allore (1947).

Saskatchewan, The Consumer Products Warranties Act (1977).

Saskatchewan, Report of the Minister's Advisory Committee on Reparations for Motor Vehicle Accidents, Carter, 1977.

Saucier, "Some Random Reflections on the No-Fault Concept" (1972) 10 Albert L.R. 132.

Savage and Friedman, "The Utility Analysis of Choices Involving Risk" (1948) 56 J. Pol. Econ. 279.

Scalia and Goodman, "Procedural Aspects of the Consumer Product Safety Act" (1973) 20 U.C.L.A.L. Rev. 899.

Schmitt, "Automobile Insurance in British Columbia" (1977) 35 Advocate 497.

Schneider et Solomon, A Practical Guide to Unemployment Insurance (1977).

Schwartz, "Professor O'Connell's No-Fault Plan for Products and Services: Have New Problems Been Substituted for Old?" (1975) 70 Northwestern U.L.R. 639.

Schwartz, "The Uniform Product Liability Act - A Brief Overview" (1970) 33 Vand. L.R. 579.

Schwartz et Wilde, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis" (1979) 127 U. Pennsylvania L.Rev. 630.

Sharpe, La responsabilité du fait des produits dans les litiges interprovinciaux : compétence, exécution et choix de la loi applicable, (Parties I et II), Consommation et Corporations Canada (sept. 1978).

Sherman, "The Pearson Report and Insurance", dans Allen, Bourn et Holyoak, Compensation after Pearson (1979) p. 119.

Shillington, The Road to Medicare in Canada (1972).

Silk et MacGrath, "Compensation for Victims of Crime in Ontario" (1975) 9 L. Soc. Gaz. 29.

Silver, "A Survey of Views on Motor Vehicle Accident Compensation and the Concept of Fault" (1963) 2 Osgoode Hall L.J. 452.

Slattery, Terschan et Griffin, "Product Liability Verdict Formulation in Wisconsin" (1978) 61 Marquette L.R. 381.

Smith, "Products Liability: A Compendium of Reform" (1977-1978) 15 Houston L.Rev. 871.

Smith, "Sequel to Workmen's Compensation Acts" (1913) 27 Harvard L.R. 235 and 344.

Smith, "Workmen's Compensation Procedure in British Columbia" (1962) 1 U.B.C. L.Rev. 597.

Soderstom, The Canadian Health System (1978).

Somerville, "The Motorists' Compensation Board" (1962) 5 Can. Bar J. 375.

Spangenberg, "No-Fault Fact, Fiction and Fallacy" (1973) 44 Mississipi L.J. 15.

Spence, "Consumer Misperception, Product Failure and Producer Liability" (1977) 44 R. Econ. Studies 561.

Spengler, "Economics of Safety" (1968) 38 Law and Contemporary Problems, 619.

Star, Risky Products and Consumer Protection: An Economic Study of Information, Insurance Warranties and Liability, Consommation et Corporations Canada (1979).

Steinecke, "The Regulation of Product Safety in Canada" (inédit 1980a).

Steinecke, "Personal Injury Compensation Schemes in Canada" (inédit 1980b).

Steiner, "Economics, Morality and the Law of Torts" (1976) 26 U. Toronto L.J. 227.

Stigler, "The Economics of Information" (1961) 69 Journal of Political Economy 213.

Stigler, "The Theory of Economic Regulation" (1971) 2 Bell Journal of Economics 22.

Stoljar, "Accidents, Costs and Legal Responsibility" (1973) 36 Mod. L.Rev. 233.

Stoll, "Penal Purposes in the Law of Torts" (1970) 18 Am. J. Comp. L. 3.

Strause et Hedden, "Liability for Product Design in Ohio: A First Step Toward Solution" (1978) 11 Akron L.R. 663.

"Strict Products Liability to the Bystander: A Study in Common Law Determinism" (1970-1971) 38 U. Chicago L.R. 625.

Symposium, "Product Liability: Economic Analysis and the Law" (1970-1971 38 U. Chicago L.R. 1.

Symposium, "Symposium on No-Fault Automobile Insurance" (1974) 8 L.Soc. Gaz. 17.

Symposium, "The Economics of Information", [1976] Quarterly Journal of Economics 591.

Symposium, "Economics of Information" [1977] Review of Economics Studies 389.

Symposium, The Future of Personal Injury Compensation (tenu à la Faculté de droit de l'université de Calgary en janvier 1978) (1979).

Szakats, "Community Responsibility for Accident Injuries: The New Zealand Accident Compensation Act" (1973) 8 U.B.C.L.Rev. 1.

Szakats, "The Re-emergence of Common Law Principles in the New Zealand Accident Compensation Scheme" (1978) 7 Industrial L.J. 216.

Tay, "The Foundation of Tort Liability in a Socialist Legal System: Fault versus Social Insurance in Soviet Law" (1969) 19 U.Toronto L.J. 1.

Taylor, Health Insurance and Canadian Public Policy (1978).

Taylor, "Seizures and Injunctions: Their Role in FDA's Enforcement Program" (1978) 33 Food, Drug, Cosmetic L.J. 596.

Tebbens, International Products Liability (1979).

Transports Canada, Road Safety Annual Report, 1978 (1978).

Travail Canada, Workmen's Compensation in Canada (1969).

Travail Canada, Division de la prévention des accidents, Occupational Health and Safety: A Bibliography (1976).

Verti, "Products Liability: The Developing Framework for Analysis" (1975) 54 Oregon L.R. 293.

Waddams, Products Liability, 2e éd. (1980).

Wakeling, "The Saskatchewan Government Insurance Office and the Automobile Accident Victim" (1977) 41 Sask. L.R. 303.

Walker, "The Motor Vehicle Safety Act 1970 and the Consumer", dans Neilson, Consumer and the Law in Canada (inédit, 1970) p. 356.

Weaver, "The Hazards of Trying to Make Consumer Products Safer", dans Aaker et Day, Consumerism, 3e éd. (1978).

Weir, "The Pearson Commission Report" (1978) 37 Camb. L.J. 222.

Welsh, "Saskatchewan Plans Universal Insurance," Globe and Mail (25 août 1980).

Withford, "Products Liability", in Supplemental Studies to Final Report: National Commission on Product Safety, volume 3 (1970).

Widiss, "A Survey of No-Fault Personal Injury Experience," dans Council on Law-Related Studies, No-Fault Automobile Insurance in Action (1977).

Williamson, et al., "Externalities, Insurance and Disability Analysis" (1967) 34 Economica 235.

Wilson, "A Model of Insurance Markets with Incomplete Information" (1977) 16 Journal of Economic Theory 167.

Winter, "Economic Regulation vs. Competition: Ralph Nader and Creeping Capitalism" (1973) 82 Yale L.J. 840.

Wirfs, "B.C. Worker's Compensation: A Model for Other Jurisdictions" (1977) 77 Gazette du travail 404.

Wittman, "Prior Regulation versus Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring" (1977) 6 Journal of Legal Studies 193.

Wright, "The Adequacy of the Law of Torts", in Linden, Studies in Canadian Tort Law (1968a) p. 579.

Wright, "The Province and Function of the Law of Torts", dans Linden, Studies in Canadian Tort Law (1968b) p. 1.

Wright et Linden. Canadian Tort Law: Cases and Materials, 7e éd. (1980).

Zander, "Promoting Change in the Legal System" (1979) 42 Modern L.R. 489.

Zarnett, "Tort Liability for Defective Automobile Design" (1975) 13 Osgoode Hall L.J. 483.

ARTICLES DE JOURNAUX

"Big Pop Bottles Pulled Off Shelves After Woman Hurt", Globe and Mail (26 juin 1979).

"Bill on Safe Shipment of Goods Nears Vote", Globe and Mail (11 juillet 1980).

Communiqué de presse émis par la Colombie-Britannique sur les bouteilles de 1,5 litre (26 juin 1979).

"Compensation: A Widow learns the bitter truth", Globe and Mail (6 juin 1980).

"Exploding Car May Cost Ford $128 Million", Toronto Star (19 fév. 1978).

"Ford Planning a Fight if Hugh Recall Forced", Globe and Mail (13 juin 1980).

"1,5 Litre Soft Drink Bottles to Return With Plastic Coat", Toronto Star (17 mai 1980).

"Minister Puts Onus on Industry, Won't Ban Pop Bottles", Globe and Mail (29 juin 1979).

"Novel Tort Theory Upheld", National Law Journal (7 avril 1980).

"Ottawa Will Explore Legal Options if Ford Transmissions Proves Faulty", Globe and Mail (14 juin 1980).

"Pesticide Testing Fudged by American Firm Ottawa Says", Globe and Mail (25 juin 1980).

"Property - Casualty Insurers Post Substantial Underwriting Game", Financial Post (6 juin 1979).

"Research Finds No Solution to Exploding Pop Bottles", Globe and Mail (11 juil. 1979).

Restrict MD's Fees, Scrap Premiums, Ottawa Told," Globe and Mail (4 sept. 1980).

"The Product Goes on Trial," financial Times (4 fév. 1980).

"Wawanesa Head Feels Needed in Manitoba's Auto Coverage", Globe and Mail (5 mai 1979).

WCB Called a Biased, Nightmarish Jungle, par OFL," Globe and Mail (27 août 1980).

"What a Car Owner Pays", Financial Post, 10 mars 1979.

"Workers' Compensation under Fire," Toronto Star (16 août 1980).

"You May Pay Next Year for Insurance Bargain", Financial Post (28 avril 1979).